

# EL GÉNERO COMO CATEGORÍA Y LAS CATEGORÍAS DE GÉNERO<sup>1</sup>

1. El género como categoría. 1.1. El género como categoría de las ciencias sociales y la teoría feminista. 1.2. Recepción de la categoría por la sociedad y por el derecho. 2. Las categorías de género. 2.1. Las peculiaridades de la distinción básica entre "hombres" y "mujeres": transversalidad y gestión de la diversidad. 2.2. Casuística del "varón discriminado". 2.3. El castigo de la "oveja negra", 2.4. Género y multidiscriminación: superposición e intersección de categorías. 3. Conclusiones.

*Antonio Álvarez del Cuvillo*

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR  
DE DERECHO DEL TRABAJO Y  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ  
LICENCIADO EN ANTROPOLOGÍA  
SOCIAL Y CULTURAL

*Las mujeres no se equivocan en absoluto al rechazar las  
normas de la vida introducidas en el mundo,  
puesto que las han hecho los hombres sin contar con ellas*  
Michel de Montaigne

79

No es una novedad afirmar que la discriminación contra las mujeres ha sido la más extendida en la historia, y lo sigue siendo en la actualidad, sin existir una absoluta certeza de que lo deje de ser en el futuro. Y ello obedece, en gran medida, a los prejuicios asociados al sexo de las personas, que están profundamente arraigados, no solamente en la cultura occidental.

Probablemente la extensión de esos prejuicios, y su arraigo, determinan que, aún hoy en día, sea difícil identificar lo que es discriminación y lo que no es discriminación como paso indispensable para, una vez identificada, adoptar las medidas de prevención adecuadas y, en su caso, aplicar los oportunos mecanismos de tutela antidiscriminatoria.

De ahí la inmensa importancia de conectar con las teorizaciones de las ciencias sociales con la finalidad de elaborar unos conceptos jurídicos lo suficientemente dúctiles para identificar las conductas discriminatorias, evitando el riesgo de que, por no construirlos correctamente, la discriminación se nos acabe escurriendo como la arena de las manos.

Una labor difícil, y aún inacabada. El Profesor Antonio Álvarez del Cuvillo expone el estado actual de la cuestión, siendo, por la especialidad de su formación académica,

<sup>1</sup> Escribe el texto de la presentación José Fernando Lousada Arochena.

mica, una persona idónea para esta complicada labor, habiendo demostrado ya su solvencia en el manejo de las categorías discriminatorias en anteriores estudios que ha realizado sobre la temática.

Sin ánimo de hurtar a los/as lectores/as el disfrute del excelente estudio que ha realizado, sí me gustaría destacar algunos puntos de interés. Uno de ellos, como se avanza en el propio título, es la elaboración de la categoría de género en las ciencias sociales, que nos explica el autor con detalle, permitiéndonos conocer donde están las raíces de la discriminación.

El género se eleva, de este modo, a una categoría fundamental para comprender la discriminación contra las mujeres, y la perspectiva de género en el instrumento fundamental de la respuesta jurídica, frente a las demás formas de discriminación, que, como el autor expone con maestría, se construyen básicamente sobre la idea distinta de gestión de la diversidad.

La construcción de género desborda el concepto de sexo. Por ello, aparecen conductas discriminatorias por razón de género contra los hombres. Aquí de nuevo el autor realiza una interesante elaboración dogmática en relación con el castigo de las ovejas negras, y la conexión, al hilo de esa elaboración, de género y discriminación por orientación sexual.

80 También es destacable el manejo del autor en los conceptos más novedosos de discriminación, y su aplicación a la discriminación por razón de género: discriminaciones múltiples acumulativa e interseccional y –superando algunas opiniones que la excluían de la posibilidad de aplicación en el ámbito de la discriminación de género- discriminación por asociación.

Probablemente algunas conclusiones sean susceptibles de discusión, pero ese es el riesgo, que el autor asume con valentía, de abordar problemas candentes en el estado actual de la cuestión –como la unilateralidad de la ley de violencia de género, las cuotas electorales así mal llamadas cuando es un nuevo concepto de democracia paritaria, o la prohibición del burka-.

Resumiendo, un magnífico estudio cuya lectura aconsejo se realice con detenimiento para poder apreciar toda su profundidad, y, de ese modo, poder sacarle el máximo partido. Me queda únicamente, además de felicitar al autor, extender la felicitación a Teresa Pérez del Río por su programa de investigación sobre estudios de género en el cual el presente se inscribe.

## 1. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA

### 1.1. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y LA TEORÍA FEMINISTA

Todo sistema de dominación tiende a presentarse a sí mismo como una “realidad objetiva” que deriva *necesariamente* del orden natural de las cosas; estas representaciones autocomplacientes se reproducen a través de la *violencia simbólica*, mecanismo

social que somete a los dominados a las categorías cognitivas de los dominadores<sup>2</sup>. El sistema de dominación masculina, que establece la subordinación de las mujeres a los hombres es un ejemplo paradigmático de este fenómeno<sup>3</sup>. Así pues, a lo largo de la historia, la posición de las mujeres en la estructura social se ha asumido mecánicamente como un fenómeno dado, inherente a la naturaleza humana. En este contexto, hasta épocas muy recientes, el discurso intelectual más elaborado justificaba de manera explícita el sometimiento de las mujeres, remitiéndose a unos principios normativos que no se cuestionaban y que supuestamente derivaban del mandato divino o simplemente estaban inscritos de algún modo en la naturaleza de las cosas<sup>4</sup>.

En este contexto, la teoría feminista, desde sus inicios, ha insistido en afirmar que la posición en la estructura social que se ha asignado a las mujeres es contingente y que, por tanto, no se desprende automáticamente de las diferencias anatómicas o fisiológicas ni deriva de esencias metafísicas o de la “naturaleza de las cosas”<sup>5</sup>; en este contexto, las racionalizaciones que justifican la desigualdad de las mujeres deben contemplarse simplemente como construcciones ideológicas segregadas por una sociedad en la que las relaciones de poder son desiguales. Este cuestionamiento del carácter necesario de la posición social de las mujeres llega a una cierta madurez en la obra de Simone de Beauvoir y podría sintetizarse en la conocida frase: “no se nace mujer, se llega a serlo”<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> “Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas aparecer de ese modo como naturales [...] La violencia simbólica se instituye a través de la adhesión que el dominado se siente obligado a conceder al dominador (por consiguiente, a la dominación) cuando no dispone, para imaginarla o para imaginarse a sí mismo o, mejor dicho, para imaginar la relación que tiene con él, de otro instrumento de conocimiento que aquel que comparte con el dominador y que, al no ser más que la forma asimilada de la relación de dominación, hacen que esta relación parezca natural”, BOURDIEU, P., *La dominación masculina*, Anagrama, Barcelona, 2000 [1998], pp. 50-51.

<sup>3</sup> Ibid., pp. 11-12.

<sup>4</sup> Sirva de ejemplo de este tipo de discurso de “naturalización” de las diferencias sociales, Aristóteles, *Política*, Libro I, Capítulo V, que sitúa el dominio masculino en el orden natural de las cosas. Esta idea aparece a lo largo de todo el pensamiento “occidental” y llega incluso a muchos autores ilustrados como Rousseau en su *Emilio o la educación*, o a pensadores socialistas como Proudhon.

<sup>5</sup> Esta disociación está presente, de modo importante pero aún incompleto, en la Vindicación de los derechos de la mujer, de Mary Wollstonecraft, pero se hace mucho más explícita en la obra de John Stuart Mill: “La subordinación de la mujer al hombre es una costumbre universal, viejísima: cualquier derogación de esta costumbre parece, claro está, contra natura. Pero la experiencia muestra hasta qué punto esta convención pende de la costumbre y sólo de la costumbre [...] He dicho que no es posible saber hoy qué es natural y qué artificial en las diferencias mentales que actualmente se notan entre el hombre y la mujer: si realmente hay alguna que proceda de la naturaleza y cuál sería el verdadero carácter femenino quitadas todas las causas artificiales de diferencia”, *La dominación de la mujer* [1869], en *Sobre la libertad y otros relatos*, Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 161 y 214.

<sup>6</sup> SIMONE DE BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, Ideés, Gallimard, 1949, “*Tout être humain femelle n'est pas nécessairement une femme [...] les sciences biologiques et sociales ne croient plus en l'existence d'entités immuablement fixées qui définiraient des caractères donnés tels que ceux de la femme*” (p. 12) [...] “*On ne naît pas femme: on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique en définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine; c'est l'ensemble de la civilisation qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin*” (p. 285)

Desde otra perspectiva, una de las funciones de la ciencia social ha sido precisamente poner en cuestión las representaciones interesadas que hacen las sociedades de sí mismas, para complementarlas -y en su caso, sustituirlas- a través del conocimiento científico producido de modo sistemático. En este sentido ha sido muy importante el papel de la Antropología Social y Cultural que, a través del estudio de sociedades alejadas del contexto de los investigadores, ha puesto de manifiesto el carácter “artificial” y contingente de numerosas pautas culturales y comportamientos que anteriormente se habían considerado como rasgos universales del ser humano. A lo largo del siglo XX, algunos trabajos antropológicos comenzaron a mostrar que el contenido de los estereotipos, expectativas y roles sociales asignados a hombres y mujeres, presentaba una variación notable de unas sociedades a otras. Ciertamente, la dominación masculina es una pauta enormemente extendida y acaso ubicua, pero este dominio de los varones se ha manifestado de modo muy distinto en contextos culturales diferentes.

En este sentido, resultaron particularmente influyentes las publicaciones de la antropóloga Margaret Mead, que partían del trabajo de campo con tres tribus distintas de Nueva Guinea a principios de los años 30<sup>7</sup>. Entre los Arapesh, tanto hombres como mujeres eran educados para ser pacíficos, cooperativos, afectuosos, “maternales” y dispuestos a atender a las necesidades de los demás; ciertamente, existía una división sexual del trabajo, pero en ella había diferencias significativas respecto a los patrones de la sociedad norteamericana: tareas como el cuidado de los niños se consideraban comunes a hombres y mujeres, mientras que tareas como el acarreo de cargas se consideraban femeninas (lo que se justificaba curiosamente en diferencias anatómicas); la dominación masculina no se ejercía de manera agresiva ni guardaba especial relación con la exaltación de la “virilidad” que está presente en muchas sociedades, entre ellas las “occidentales”, sino que se sustentaba básicamente en la constitución de matrimonios con fuertes desequilibrios de edad. Entre los Mundugumor, se esperaba que las personas de ambos sexos fueran agresivas, celosas y competitivas, también en el terreno sexual; aunque también existía un dominio masculino y una división sexual del trabajo, estos elementos no se justificaban en la atribución a las mujeres de un carácter sumiso, pasivo o maternal. Por último, entre los Tchambuli (Chambri), bajo los esquemas de una sociedad formalmente patriarcal, las mujeres ejercían una notable influencia, mostraban un carácter impersonal y dominante, gestionaban los asuntos económicos y ejercían la iniciativa en las relaciones sexuales, mientras que los varones se comportaban de modo más irresponsable y caprichoso, dependiendo de la aprobación continua de las mujeres. La conclusión de todo ello fue en aquel momento absolutamente revolucionaria: los rasgos de personalidad que las sociedades de matriz europea atribuían a hombres y mujeres no estaban indisolublemente asociados al sexo<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> MEAD, M., *Sexo y temperamento en las sociedades primitivas*, Laia, Barcelona, 1981 Sex and Temperament in Three Primitive Societies, 1935].

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 308, “Todo este material nos permite afirmar que muchos, si no todos, los rasgos de personalidad que hemos llamado masculinos o femeninos van tan poco ligados al sexo como el vestido, los ademanes y la forma de peinarse que una sociedad, en una época determinada, asigna a cada sexo [...] Nos vemos

En todo caso, hasta los años 70, ni la teoría feminista, ni las ciencias sociales, utilizaron el término “género” para indicar esta disociación entre las diferencias biológicas y los roles sociales. La palabra “género” significa, con carácter general, “clase” o “tipo” y, partiendo de este sentido presenta algunos usos más específicos en distintas disciplinas (Biología, Literatura, Arte, etc.). Uno de estos usos específicos es el de la Lingüística. En algunas lenguas del mundo, los sustantivos o los pronombres se agrupan en un número determinado de clases denominadas “géneros”, de manera que las palabras de la misma categoría concuerdan en sus flexiones; el número de “géneros” varía enormemente de unas lenguas a otras<sup>9</sup> y lo mismo sucede con los criterios de clasificación que pueden ser completamente arbitrarios o hacer referencia a cualidades muy diversas<sup>10</sup>. En las lenguas indoeuropeas suele haber dos o tres géneros gramaticales: masculino/femenino, o bien masculino/femenino/neutro. En estos casos, cuando el sustantivo o pronombre se refiere a un ser sexuado, existe normalmente una conexión entre el sexo biológico y el género gramatical; para el resto de las palabras, la adscripción a uno u otro género es relativamente arbitraria, aunque en muchos casos puede guardar cierta relación con la influencia de la polaridad hombre/mujer en la configuración de los esquemas de pensamiento<sup>11</sup>.

En base a este uso gramatical, en inglés el vocablo *gender* se convirtió en sinónimo de “sexo”, seguramente como una especie de eufemismo para nombrar el sexo como condición orgánica de los seres humanos sin aludir a la sexualidad humana o al acto sexual. Durante los años 50, el vocablo pasó de la Gramática a la Medicina y la Psiquiatría, a partir del trabajo de John Money<sup>12</sup>, que lo aplicó al tratamiento de los individuos que presentaban algún tipo de intersexualidad (combinación, confusión o mezcla de rasgos anatómicos considerados “masculinos” y “femeninos”); en este sentido, el “género” se utilizaba para diferenciar los rasgos anatómicos de los roles sexuales socialmente asignados<sup>13</sup>. Posteriormente, el término fue popu-

83

forzados a concluir que la naturaleza humana resulta casi increíblemente maleable, respondiendo puntualmente y de maneras opuestas, a condicionamientos culturales también opuestos”.

<sup>9</sup> Hay lenguas en las que no existen géneros (por ejemplo, el euskera), muchas lenguas poseen cuatro géneros, en swahili hay seis, en algunas lenguas bantús hay diez o más, alguna lengua tiene hasta 20 géneros. Vid. Aranzadi Mattínez, J., Nota del Traductor al artículo de JUNKO YANAGISAKO, S. y FISH-BURNE COLLIER, J., “Hacia un análisis unificado del género y el parentesco”, en AAVV (recop. Robert Parkin y Linda Stone), *Antropología del Parentesco y de la Familia*, Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 462; HAWKESWORTH, M. “Confounding gender”, *Signs*, 22, 3, 1997, p. 657.

<sup>10</sup> Los géneros no sólo pueden referirse a diferencias “sexuales”, sino que también pueden aludir a las distinciones animado/inanimado, humano/no humano, racional/irracional, fuerte/débil o a diversas categorías múltiples de clasificación del mundo, Hawkesworth, *Op.Cit.*, p. 657.

<sup>11</sup> A este respecto, Vid., OLIVA PORTOLÉS, A., “Debates sobre el género”, en AAVV (dir) p. 19. En cuanto a la percepción de la realidad en base a la distinción social entre los géneros, puede consultarse el análisis que se hace de los bereberes Cabila en Argelia en BOURDIEU, P., *Op. Cit.* pp. 11-36.

<sup>12</sup> Puede seguirse la aparición y evolución del concepto en, OLIVA PORTOLÉS, A., *Op. Cit.*, p. 19. Posteriormente, Money criticaría el uso que se le ha dado al término en la teoría feminista.

<sup>13</sup> Para Money el “rol de género” se refiere a las distintas cosas que una persona dice o hace para demostrarse a sí misma que tiene el estado de “chica” o “chico”, “mujer” u “hombre”; la “identidad de género” sería la experiencia privada del rol de género, es decir, su autoconciencia respecto a esta adscripción a un rol determinado. Vid <<http://www.kinsey.com.ar/noticia.php?id=344>>

larizado por el psicoanalista Robert Stoller para referirse a la construcción de la identidad sexual. De Stoller pasa a la teoría feminista en el año 1970 a través de la obra de Kate Miller, *Sexual Politics*; esta autora sigue haciendo referencia al “rol de sexo”<sup>14</sup>, pero utiliza el término “género” cuando recurre a los trabajos de Stoller para argumentar que los rasgos fisiológicos y anatómicos y los roles sociales no están indisolublemente unidos<sup>15</sup>.

La categoría adquiere especial relevancia teórica en las ciencias sociales a partir de un famoso ensayo de la antropóloga feminista Gayle Rubin, publicado en 1975<sup>16</sup>. Esta autora denomina “sistema sexo/género” al “conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma el producto de la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas”<sup>17</sup>. A partir de este concepto, se profundiza más en la consideración del género como un fenómeno social, más allá de sus efectos sobre el individuo, proporcionando un marco de análisis que permite comprender de qué manera el género se inserta y se reproduce en las distintas sociedades, vinculándose al cumplimiento de determinadas funciones sociales.

Durante las últimas décadas, el término “género” se ha extendido tanto en la Antropología Social y otras ciencias sociales como en la teoría feminista. Su éxito se debe a las ventajas que presenta, tanto para la comprensión de la realidad social como para la emancipación de las mujeres (y de los hombres). En efecto, al configurarse una categoría analítica para distinguir entre las diferencias anatómicas y fisiológicas entre los “sexos” y el conjunto de expectativas, estereotipos y roles socialmente asignados, el carácter contingente y variable de esta asignación se hace visible y fácilmente comprensible. Así pues, el análisis de género puede utilizarse científica o políticamente para combatir la “actitud natural”, esto es, la consideración de los patrones de género como una realidad ajena a la intervención humana, irrenunciable e indiscutible<sup>18</sup>.

Una vez se toma conciencia de esta realidad, la categoría de “género” puede utilizarse para llevar a cabo un análisis más profundo de la realidad social; esto es lo

<sup>14</sup> MILLET, K., *Sexual Politics*, Virgo, Londres, 1985 [1970], p. 26.

<sup>15</sup> “*Studies done in California under Stoller's direction offer proof that gender identity (I am a girl, I am a boy) is the primary identity any human being holds. The first as well is the most permanent and far-reaching. Stoller later makes emphatic the distinction that sex is biological, gender psychological, and therefore cultural*”, *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>16</sup> RUBIN, G., “El tráfico de mujeres: notas sobre la ‘economía política’ del sexo”, *Nueva Antropología*, Volumen VIII, nº 30, Mexico, 1986 [1975]. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf>>

<sup>17</sup> *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>18</sup> HAWKESWORTH, M., “Confounding gender”, *Signs*, 22, 3, 1997, p. 649, señala que la “actitud natural” viene constituida por una serie de axiomas incuestionables como el hecho de que sólo existen dos géneros, que el género es invariable, que los genitales son los signos esenciales del género, que la dicotomía masculino/femenino es natural, que ser masculino o femenino es una cuestión natural ajena a toda decisión, que todas las personas deben ser clasificadas como masculinas o femeninas y que cualquier desviación de esta clasificación constituye una patología.

que se conoce como la “perspectiva de género” o la “transversalidad de género”. Cuando se contempla la sociedad desde la perspectiva de género puede advertirse que muchas de las pautas socioculturales que se asumen como “naturales”, “objetivas” o “neutras” (por ejemplo, la clasificación profesional), están determinadas en gran medida por las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres<sup>19</sup>.

Estas ventajas no implican que la categoría “género” represente de manera perfecta la realidad social a la que se remite. Las categorías analíticas no son realidades absolutas, sino meros instrumentos, siempre relativamente imperfectos, con los que intentamos acercarnos a la realidad. Por lo tanto, todas las categorías pueden criticarse en relación con su capacidad para producir conocimiento útil.

Algunas de las críticas que se han hecho al término “género” tienen un carácter puramente semántico<sup>20</sup>. Estos discursos corren el riesgo de llevar el debate a un terreno formal y aparentemente neutro desde un punto de vista ideológico, oscureciendo los aspectos sustanciales que implica la categoría. Algunas de las críticas formales presentan una cierta utilidad, puesto que apuntan a las distorsiones que podría producir la carga semántica del significante<sup>21</sup>, pero pierden su importancia conforme se extiende el uso de esta categoría y ésta asume, por tanto, un significado relativamente estable. Por otra parte, el término presenta una cierta ambigüedad debido a su amplitud y generalidad<sup>22</sup>, por lo que parece oportuno hacer distinciones que se refieran a aspectos más concretos, como los “roles de género”, la “orientación sexual” o la “identidad de género”.

Otras críticas al “género” tienen un carácter más sustancial. Estas críticas no implican necesariamente un abandono de la categoría, sino que más bien pueden contribuir a tomar conciencia de sus riesgos, para evitar que se termine utilizando de modo incoherente con la finalidad que la animaba. Desde esta perspectiva se podrían señalar tres tipos de riesgos. En primer lugar, la distinción sexo/género puede alimentar falsas dicotomías como las disociaciones entre naturaleza/cultura, cuerpo/mente o genética/ambiente<sup>23</sup>. En segundo lugar, un uso inadecuado

<sup>19</sup> VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, A., *Feminismo en el mundo global*, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 2009, p. 210.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, el informe de la Real Academia Española sobre la expresión “Violencia de género”, que parecía poco sensible al extendido uso académico de esta categoría. Posteriormente, en el Diccionario Panhispánico de Dudas (voz “género”) reconoce la utilidad del término en los estudios sociológicos, pero no parece entender el sentido de su traslado al lenguaje ordinario, por ejemplo, para calificar la discriminación.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, la palabra “género” deriva de una raíz muy relacionada con lo biológico (genética, generación, engendrar), por otra parte, se produce una contaminación sexual del género gramatical que paradójicamente contribuye a percibir la realidad de modo biologicista y sexista; así, Aranzadi Martínez, J., *Op. Cit.*, p. 462. Por contra, existen algunos paralelismos interesantes con el género gramatical, puesto que éste no es universal ni invariable y su contenido es relativamente arbitrario; *Vid.* HAWKESWORTH, *Op. Cit.*, p. 657.

<sup>22</sup> Puede consultarse la revisión que hace HAWKESWORTH, M., “Confounding gender”, *Op. Cit.*, respecto a distintas concepciones del género (pp. 650-652) o en relación con diferentes aspectos dentro del género que necesitan también de una elaboración conceptual (p. 656).

<sup>23</sup> No puedo detenerme aquí en las diversas inconsistencias de estas oposiciones, ni hacer las referen-



de la categoría “género” puede, paradójicamente, retroalimentar planteamientos esencialistas, en la medida en que contribuya a reproducir los esquemas mentales y sociales que dividen el mundo en dos espacios “naturalmente” delimitados, masculino y femenino<sup>24</sup>. En tercer lugar, desde una perspectiva política y pragmática se ha planteado que una noción diluida de género puede sustituir al feminismo como proyecto emancipatorio<sup>25</sup>.

## 1.2. RECEPCIÓN DE LA CATEGORÍA POR LA SOCIEDAD Y POR EL DERECHO

Progresivamente, el “género” como categoría analítica se va introduciendo en la sociedad civil a partir del ámbito académico. En este sentido constituye un hito decisivo la IV Conferencia Mundial de las Mujeres, desarrollada en Beijing en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, en el año 1995. Tanto en la Declaración de Beijing como en el Programa de Acción fruto de esta conferencia se hace referencia expresa al “género” y a la transversalidad de género en la aplicación de las políticas sociales. A partir de este momento, la expresión comienza a generalizarse en el ámbito de las Naciones Unidas.

De acuerdo con este uso, la expresión se incorpora progresivamente a la legislación y a los documentos comunitarios, afectando en un primer momento a la coopera-

cias bibliográficas oportunas, pero es preciso señalar brevemente a qué me refiero. Primero, la naturaleza abarca a todo lo existente y todos los fenómenos pueden explicarse por causas “naturales”, por esto es imposible extraer patrones valorativos “de la naturaleza”. Segundo, desde esta perspectiva, la “cultura” humana es natural, y, desde luego, biológica; de hecho, la evolución biológica de los seres humanos ha tenido la cultura como contexto (por ejemplo, en la configuración de la laringe). Tercero, la influencia del ambiente no se limita a la “cultura”. Cuarto, la cultura se manifiesta en la realidad corporal de los seres humanos, no habita en ningún mundo de las ideas platónico separado del cuerpo. Quinto, la cultura humana trabaja y transforma constantemente el cuerpo, tanto de manera consciente y explícita como de modos sutiles o inconscientes. Sexto, el hecho de que el ser humano esté construido culturalmente no implica necesariamente que cada sujeto concreto sea una *tabula rasa*, dado que los significados culturales pueden llegar a inscribirse en el cuerpo de manera muy persistente (por ejemplo, no se puede renunciar a la lengua nativa). Séptimo, ni la biología ni la genética se reducen a la herencia mendeliana. Octavo, las diferencias biológicas entre hombres y mujeres (por ejemplo, el embarazo o las diferencias de fuerza física y tamaño promedio) pueden contribuir a *explicar* (que no implica *justificar*) la dirección que han adoptado los procesos históricos de construcción de relaciones entre hombres y mujeres, que no derivan del puro azar. Noveno, las diferencias fisiológicas (por ejemplo, en el sistema endocrino) entre hombres y mujeres *pueden* afectar al comportamiento, pero nunca lo hacen directamente o de manera aislada respecto a los roles de género existentes, dado que prácticamente toda acción humana significativa se expresa y manifiesta de un modo codificado culturalmente.

<sup>24</sup> Vid. VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, A., *Op. Cit.*, pp. 216-217. Por su parte, HAWKESWORTH, *Op. Cit.*, p. 662 se plantea que el género, a pesar de haber sido concebido para combatir el determinismo biológico, puede terminar invocando de manera oculta el ámbito biológico. De acuerdo con LENSKI, M., “Género, mujeres y todo lo demás”, *Revista Internacional del Trabajo* Vol 120, n° 1, 2001, “Aunque ésa [la independencia entre género y sexo] ha venido siendo la premisa básica de la teoría del género, el supuesto comúnmente aceptado de la socialización de las funciones de género específicas para cada sexo ha dado origen a una tendencia en las investigaciones que confunde sin más género con sexo”. Por estos motivos, hay quien se plantea que el “género” pueda operar como una herramienta útil que al mismo tiempo debe cuestionarse continuamente, aceptando la posibilidad de que la noción pueda llegar a desaparecer cuando deje de ser necesaria; en este sentido, OLIVA PORTOLÉS, A., *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>25</sup> VALCÁRCEL BERNALDO DE QUIRÓS, A., *Op. Cit.*, p. 222. OLIVA PORTOLÉS, A., p. 15



ción al desarrollo, materia muy vinculada al ámbito de actuación de la ONU<sup>26</sup> y en la que, por otra parte, había una tradición previa de uso de la categoría de género desde los años 80<sup>27</sup>.

Posteriormente, durante los primeros años 2000, la categoría “género” se va integrando paulatinamente en el vocabulario de algunas disposiciones, generalmente dedicadas a la organización de las instituciones comunitarias<sup>28</sup>. En las Directivas antidiscriminatorias y en la jurisprudencia del TJUE la perspectiva de género se ha ido también incorporando de modo progresivo<sup>29</sup>, aunque aún incompleto. En la Directiva 2006/54/CE se enuncia expresamente el principio de transversalidad por razón de género (art. 29); sin embargo, la causa de discriminación sigue siendo el “sexo” [arts. 2.1 a), 2.1. b), 2.2]. A pesar de que se admiten figuras como la “acción positiva”, la redacción de las normas comunitarias y su interpretación por parte del TJUE siguen estando en parte lastradas por una concepción formalista y bilateral de la protección, que considera el “sexo” como una categoría sospechosa para establecer diferencias de trato.

En la legislación española, el término “género” cobra relevancia a partir de la Ley 30/2003 que establece una serie de medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Esta tendencia se mantiene con la Ley 1/2004 sobre medidas para la protección integral de las víctimas de violencia de género; en este caso, la expresión “violencia de género” fue muy discutida desde un punto de vista lingüístico<sup>30</sup>. Posteriormente, la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOIMH) ha aplicado extensamente la perspectiva de género a diversos campos de la sociedad y sectores del

<sup>26</sup> Reglamento (CE) n° 2836/98 del Consejo de 22 de diciembre de 1998 sobre la integración de las cuestiones de género en la cooperación para el desarrollo (DO L 354 de 30-12-1998); Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Programa de acción para la integración del factor género en la cooperación de la Comunidad al desarrollo (COM, 2001, 0295, final).

<sup>27</sup> LANSKI, M., “Género, mujeres y todo los demás (Parte I)”, Revista Internacional del trabajo, vol. 119 (2000), n° 4., pp. 544-549 relata el cambio de enfoque que se produjo a partir de los años 80 en el campo de la cooperación al desarrollo desde las estrategias denominadas “Mujeres en el Proceso de Desarrollo” hasta los programas llamados de “Género en el Desarrollo”, que adoptaron un enfoque más amplio.

<sup>28</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (DO-61 de 10-3-2004); Resolución del Parlamento Europeo sobre el gender budgeting (DO C-74, de 24-2-2004); Resolución del Parlamento Europeo sobre la política de la Unión Europea en materia de igualdad de género (DO C-102 E de 28-4-2004); Reglamento 1922/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20-12-2006 por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

<sup>29</sup> “El Derecho Comunitario y el Tribunal de Justicia se han visto obligados a sobrepasar el criterio formal relacionado con el concepto “sexo” para abordar la dimensión de “género”, es decir, afrontar el tema de la distribución de las funciones y los roles sociales construida e impuesta a partir del criterio sexual y mucho más cercano al concepto de “igualdad de oportunidades” que al de la prohibición formal de discriminación por razón de sexo”. PÉREZ DEL RÍO, T., en AAVV, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario, (coord, Esther Ruíz Pérez), Mujer y Trabajo, Bomarzo, 2003.

<sup>30</sup> Como ya se ha mencionado, la Real Academia de la Lengua emitió un informe sobre la expresión “violencia de género” en la que proponía la sustitución del término por “violencia doméstica” o “violencia por razón de sexo”. Posteriormente, parece haber flexibilizado su criterio en el *Diccionario panhispánico de dudas*, en el que reconoce el uso de la categoría en el ámbito de las ciencias sociales.

ordenamiento jurídico; sin embargo, siguiendo la estela de las Directivas comunitarias, continúa haciendo referencia al “sexo” como causa de discriminación.

El “género” como categoría no sólo despliega su utilidad en el campo de la teoría feminista o la ciencia social, sino que su utilización presenta numerosas ventajas en el ámbito del Derecho.

– En primer lugar, permite contemplar la discriminación de las mujeres como un fenómeno social que se reproduce en un contexto muy amplio y que no se limita a una serie de actos aislados y “patológicos” respecto al funcionamiento “normal” de la sociedad. De este modo, la discriminación *directa* puede permanecer *oculta* incluso para el sujeto que la lleva a cabo, por ejemplo, cuando se valora peor el trabajo realizado por mujeres de manera inconsciente, pero sistemática. De hecho, al contrario de lo que habitualmente se piensa no es estrictamente necesario que existan representaciones ideológicas abiertamente “machistas” para que exista discriminación de género; en su caso, la ideología abiertamente machista emana de unas relaciones de poder desiguales y contribuye a reproducirlas, pero no aparece siempre como un discurso explícito sobre la desigualdad de las mujeres.

– En segundo lugar, la perspectiva de género permite que las normas antidiscriminatorias superen la falsa alternativa entre la protección bilateral y formalista –que parece suponer que hombres y mujeres se encuentran en la sociedad en posiciones idénticas– y la protección unilateral ingenua, que termina perjudicando a las mujeres a través de una acción protectora que resulta contraproducente para sus intereses.

– En tercer lugar –y esto es particularmente importante–, la perspectiva de género permite llevar a cabo un análisis crítico del ordenamiento jurídico en su totalidad desde el punto de vista de los intereses de las mujeres; sólo de este modo pueden comprenderse y aplicarse correctamente instituciones de derecho antidiscriminatorio como la noción de discriminación indirecta o la acción positiva, cuando se refieren a las desigualdades entre hombres y mujeres.

– En cuarto lugar, las teorías del “género” permiten distinguir entre las *categorías sociales* respecto a las cuales se produce la discriminación y los *rasgos distintivos* con los que se construyen estas categorías y que generalmente forman parte de su contenido, pero con los que no existe una relación automática o necesaria. Esto nos permite, por ejemplo, interpretar adecuadamente la mención que hace la normativa a la posibilidad de que alguna circunstancia “relacionada con el sexo” pueda constituir un “requisito profesional esencial y determinante” (art. 14.2 Directiva 2006/54/CE y art. 5 de la LOIMH); en estos casos no es el “género” en sentido estricto lo que motiva la diferencia de trato, sino algún rasgo fisiológico o morfológico asociado al sexo que generalmente se usa para construir el género (por ejemplo, para interpretar un papel masculino en una película puede exigirse una apariencia física determinada). No se trata, por tanto, de una justificación de la discriminación, sino de una exclusión de ésta, por no concurrir el elemento de la

adscripción a la categoría social; se exige que la diferencia de trato sea razonable y proporcionada para excluir plenamente la existencia de adscripción indirecta.

Por otra parte, la distinción entre rasgos distintivos y categorías sociales facilita la percepción de la elasticidad, flexibilidad y contingencia de estas últimas en la práctica concreta, lo que resulta especialmente importante para detectar y calificar las conductas discriminatorias. Me ocuparé de este tema en la segunda parte de este trabajo.

No obstante estas ventajas, al igual que en las ciencias sociales y en la teoría feminista, la utilización del género como categoría en las normas jurídicas puede desembocar, en la práctica, en esquemas esencialistas, contradiciendo abiertamente la finalidad originaria de estas herramientas conceptuales. Esto puede deberse a un mal uso de las categorías de “género”, o simplemente a una falta de conciencia respecto al carácter puramente pragmático y funcional de determinadas distinciones jurídicas que hacen uso de la técnica de la adscripción directa a categorías de género<sup>31</sup>. Las distorsiones esencialistas son probablemente más importantes en la aplicación del Derecho que en la teoría social, debido a que los juristas tienden a tener un conocimiento más superficial de las implicaciones de esta categoría analítica. Así pues, la introducción en las normas jurídicas de categorías relativas al género puede hacer cristalizar en el Derecho el contenido de los estereotipos, roles y expectativas socialmente asignados a los distintos sexos, contribuyendo así a su reproducción.

Esto podría suceder, por ejemplo, con la legislación protectora de las víctimas de violencia de género. Seguramente está justificado por razones de orden práctico que la aplicación de estas medidas se refiera únicamente a las “mujeres”. Sin embargo, se produce también un efecto secundario negativo no deseado por la norma, de carácter simbólico. En efecto, la descripción de la realidad que hace implícitamente la norma tiende a fijar y a reproducir la idea de que el varón asume un papel agresivo y activo, actuando libremente, mientras que la mujer tiende a ser una víctima pasiva, en cierto modo sometida a los condicionamientos de la estructura social; aunque este esquema cultural es bastante persistente en la sociedad y genera problemas muy reales en el ámbito de la violencia de género, su cristalización normativa simplifica la complejidad que podría implicar la introducción del género como categoría analítica<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> “No obstante, es necesario el manejo de la categoría mujer, como categoría aparentemente universal y esencializada, a los solos efectos instrumentales con el objeto de favorecer el esclarecimiento de las condiciones que han conducido a los integrantes de un determinado grupo a someterse a definiciones restrictivas de sus posibilidades de definición y desarrollo”, SEVILLA MERINO, J., VENTURA FRANCH, A., “Estado, Derecho y estudios de género”, *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, nº 1, 2003, p. 188.

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, la ley no es capaz de percibir los roles de género que pudieran adoptarse en parejas homosexuales. Tampoco parece captar que en los supuestos en los que se invierten los roles, aunque la situación sea distinta en términos cualitativos, intervienen también las pautas de género: de un lado, la mujer que actúa agresivamente podría estar tomando como referencia un rol considerado “masculino” y asociado al ejercicio del poder; de otro lado, el hombre víctima de malos tratos en una relación de pareja

Otro ejemplo de esencialismo puede ser el que se aprecia en algunas justificaciones de la exigencia de equilibrio paritario en las listas electorales, introducida por la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres. A mi juicio, esta medida está plenamente justificada por razones puramente prácticas, en un contexto en el que la participación real de las mujeres en los puestos de poder es muy limitada. Es razonable suponer que, de existir una participación más equilibrada en los puestos de poder, las decisiones políticas tomarían en mayor consideración la realidad de las mujeres, pero esto no implica que dicha realidad deba aceptarse con resignación como un patrón eterno e inmutable, derivado de la naturaleza de las cosas, ni tampoco supone que haya que admitir que, a título individual, cualquier mujer va a defender mejor que cualquier varón las necesidades de las mujeres como grupo social o que estas necesidades sean uniformes. En cambio, el Tribunal Constitucional, en sus SSTC 12/2008 y 13/2009 señala que “[...] *el principio de composición equilibrada de las candidaturas se asienta sobre un criterio universal y natural, como es el sexo*”; en su argumentación, el Abogado del Estado va aún más lejos al afirmar que el sexo “[...] *se trata de una característica irremediablemente inherente e inmodificable en su conjunto*”. Por supuesto, estos argumentos hablan de “sexo” cuando quieren decir “género” (porque están asignando significados sociales a rasgos biológicos) y una vez más vuelven a invocar las inefables esencias metafísicas que justifican la diferencia de trato y que parecían haber sido refutadas de modo convincente por el pensamiento feminista y la ciencia social. Es evidente que no se pretende un equilibrio de rasgos anatómicos en las cámaras representativas, sino que más bien se busca una representación paritaria de grupos sociales presentes en la sociedad. De modo paradójico, algunas soluciones pragmáticas adoptadas desde una perspectiva de género parecen alimentar la “actitud natural” que esta categoría analítica pretendía combatir. Esto no quiere decir que dichas soluciones sean inadecuadas, pero en cualquier caso es preciso tomar conciencia de sus efectos simbólicos para contrarrestarlos.

## 2. LAS CATEGORÍAS DE GÉNERO

### 2.1. LAS PECULIARIDADES DE LA DISTINCIÓN BÁSICA ENTRE “HOMBRES” Y “MUJERES”: TRANSVERSALIDAD Y GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD

El género es una realidad social muy compleja y densa, con un contenido muy variado, que incluye diversas categorías de contenido flexible y cambiante. Sin

puede considerarse una “oveja negra” dentro de su género (como se verá más adelante) y el estigma que implica esta condición humillante de hombre maltratado introduce elementos que pueden ser cualitativamente relevantes. Si realmente hemos aceptado que las pautas de género son contingentes y no responden a la naturaleza de las cosas, entonces hemos de admitir también que estas situaciones pueden producirse. Para una crítica en clave feminista de la Ley Orgánica 1/2004 de protección integral de las víctimas de violencia de género, que va en esta línea aunque no comparto enteramente, *Vid.*, COLL-PLANAS, G., GARCÍA ROMERAL, G., MAÑAS RODRÍGUEZ, C., NAVARRO-VARAS, L., “Cuestiones sin resolver en la Ley integral de medidas contra la violencia de género: las distinciones entre sexo y género y entre violencia y agresión, *Papers: Revista de Sociología*, n° 87, 2008, pp. 187–204.

embargo, todos los esquemas de género parten de una idea básica muy simple, que es la polaridad hombre/mujer. Esta distinción se produce sobre la base del fenómeno biológico conocido como “dimorfismo sexual”. En efecto, en la especie humana (como sucede en otras especies de reproducción sexual) existen una serie de disparidades anatómicas, morfológicas y fisiológicas entre “machos” y “hembras”. Muchas de estas diferencias son fácilmente identificables por la percepción humana, de manera que, en base a este criterio, la especie puede dividirse fácilmente en dos grupos relativamente bien delimitados, si bien debe tenerse en cuenta que existen diversos supuestos de *intersexualidad* producidos por anomalías cromosómicas, genitales o gonadales.

Algunas de estas diferencias han condicionado históricamente la división social del trabajo productivo y del trabajo reproductivo. Como consecuencia de ello, en todas las sociedades humanas conocidas existen al menos dos categorías de género: “hombre” y “mujer”, que se representan como formalmente opuestas entre sí. Para construir culturalmente esta polaridad se exaltan las diferencias y se minimizan las similitudes que existen entre hombres y mujeres. A menudo esta dicotomía se proyecta a toda la realidad, atribuyéndose cualidades “masculinas” o “femeninas” a distintos fenómenos impersonales del universo. Puesto que la realidad social y humana no se ajusta a esta sencilla división del mundo en dos campos contrapuestos, muchas sociedades construyen categorías de género adicionales a la distinción básica hombre/mujer. Así, por ejemplo, algunas sociedades tradicionales –donde los roles de género están muy marcados– han construido un “Tercer sexo”, que se considera como una realidad diferenciada de los géneros masculino y femenino y que se disocia del sexo biológico de las personas adscritas a esta categoría (así los *Hijra* del subcontinente indio o los *berdaches* o *Two-spirit* de algunos pueblos amerindios). En las sociedades postmodernas la complejidad de la vida social es mucho mayor y la división estricta de roles prácticamente imposible. Aún así, existen muchas otras categorías sociales relacionadas con los roles de género (homosexuales, bisexuales, travestis, transexuales, etc.) que no constituyen propiamente un “tercer género”, sino más bien instrumentos cognitivos para percibir y afrontar toda una serie de conductas definidas inicialmente como “desviadas” de las pautas de género dominantes.

La polaridad hombre/mujer presenta notables diferencias respecto a otras categorías sociales, incluyendo las demás categorías de género. Debido al efecto de la selección natural, en la mayoría de las especies de reproducción sexual, el número de machos es aproximadamente igual al de hembras (en el caso humano, un número ligeramente superior de varones se compensa con una mayor mortalidad infantil masculina). Por supuesto, el equilibrio de género de estos porcentajes se ve alterado por circunstancias sociales vinculadas a los roles de género, como por ejemplo, la guerra o la emigración, pero a grandes rasgos podría decirse que en todas las sociedades humanas el número de hombres es prácticamente igual que el de mujeres. Así pues, las mujeres no constituyen una “minoría” en sentido estricto, sino que realmente componen la mitad de la sociedad. Es sólo la realidad de poder

de la dominación masculina lo que provoca que las mujeres sean discriminadas, infravaloradas o invisibilizadas, como sucede habitualmente con los grupos realmente minoritarios.

En este contexto, el principio de “transversalidad de género” no opera del mismo modo que la “gestión de la diversidad” en sentido amplio<sup>33</sup>. La gestión de la diversidad parte de la toma de conciencia de que la sociedad no constituye un todo homogéneo, sino que las personas presentan notables diferencias entre sí, algunas de las cuales derivan de su adscripción a determinados grupos sociales. El respeto a las minorías y al libre desarrollo de la personalidad, la necesidad de evitar la discriminación o de luchar contra las desigualdades sociales y el deseo de afrontar conflictos potenciales o de aprovechar las ventajas competitivas de esta diversidad, implican un creciente interés por adaptar las pautas reguladoras de los poderes públicos o de las empresas a la heterogeneidad de la sociedad. Ahora bien, de manera inevitable, el punto de partida para la “adaptación” es el estándar construido por la mayoría social, que se modifica para adaptarse a la heterogeneidad de la sociedad. En cambio, la imposición de un estándar “masculino” como punto de partida supone ya de por sí una marginación de las mujeres, puesto que éstas constituyen la mitad de la población. Como se ha expresado gráficamente, no se trata de adaptar la “casa” (el espacio de la vida pública) a las particularidades de un inquilino en concreto –tal sería el cometido de la gestión de la diversidad en sentido estricto–, sino de construir una nueva “casa” donde quepan por igual tanto los hombres como las mujeres<sup>34</sup>.

En cualquier caso, el género no carece de conexiones con la “gestión de la diversidad”. En primer lugar, el principio de transversalidad por razón de género debe aplicarse también a todas las políticas de gestión de la diversidad o de atención a las minorías, dado que, debido a la omnipresencia del colectivo femenino, en todos o casi todos los grupos minoritarios imaginables (discapacitados, minorías étnicas o religiosas, jóvenes, personas mayores, etc.) hay también mujeres; así, por ejemplo, las políticas destinadas a atender a la diversidad de origen étnico no pueden dejar de contemplar en sus actuaciones la perspectiva de género y, por tanto, el impacto de género que puedan tener los planteamientos “multiculturales” o “interculturales” que se formulen. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, debido a esta omnipresencia, las mujeres son un grupo social especialmente vulnerable a la multidiscriminación, esto es, a la superposición o intersección de causas de discriminación, materia de la que me ocuparé más adelante. En tercer lugar, la gestión de la diversidad puede ocuparse de contenidos relacionados con el género pero que van más allá de la distinción primaria hombre/mujer, como la protección de

<sup>33</sup> Debe hacerse notar que la distinción entre “transversalidad” y “gestión de la diversidad” se propone en este artículo a efectos teóricos, pero que actualmente se utilizan de modo indistinto. Así pues, en ocasiones se hace referencia a la transversalidad por razón de discapacidad u origen étnico o a la gestión de la diversidad por razón de sexo.

<sup>34</sup> LOUSADA AROCHENA, F., “El principio de transversalidad de la dimensión de género”, MTAS, Madrid, 2007, p. 27.

las minorías sexuales o la consideración de que no todas las mujeres ni todos los hombres se comportan necesariamente conforme a los patrones estereotipados del género al que están adscritos.

El hecho de que en la sociedad el número de hombres sea aproximadamente el mismo que el de mujeres facilita también la identificación de los desequilibrios globales entre ambos géneros. Así, por ejemplo, el hecho de que en una determinada empresa de pequeña dimensión no haya personas pertenecientes a minorías étnicas (o a un determinado grupo étnico) o minusválidos no necesariamente implica un desequilibrio en la división social del trabajo; en cambio, si en una empresa no hay mujeres o la proporción de mujeres es muy pequeña, es señal inequívoca de que está operando una pauta de género. El hecho de que exista un desequilibrio no implica necesariamente que éste pueda atribuirse necesariamente a la discriminación en sentido jurídico (una diferencia de trato desfavorable derivada de la adscripción directa o indirecta al género que contribuye a reproducir las desigualdades entre hombres y mujeres); así, por ejemplo podría deberse a la segregación ocupacional derivada de decisiones voluntarias tomadas por las mujeres, pero inscritas en los esquemas sociales de género. Ahora bien, lo cierto es que la identificación del desequilibrio resulta útil también en estos casos, por cuando permite llevar a cabo políticas activas de carácter transversal (acciones positivas directas o indirectas como las que derivan de un Plan de Igualdad) que ayuden a corregir las disfunciones sociales detectadas<sup>35</sup>.

En todo caso, debe advertirse que este análisis general de las diferencias globales entre los colectivos de “hombres” y “mujeres” es muy útil, pero insuficiente por sí solo para afrontar todos los problemas de discriminación por razón de género. Por eso deberá tomarse en consideración la presencia de otras “categorías de género” que se construyen sobre esta distinción pero que incorporan una mayor complejidad.

En este trabajo me ocuparé básicamente de tres tipos de fenómenos que multiplican las categorías sociales dentro del género: a) la posibilidad de que los varones sean discriminados “por razón de género”, b) la discriminación de las “ovejas negras” (hombres o mujeres) y c) la multidiscriminación provocada por la superposición o intersección de categorías de género con otras categorías sociales.

## 2.2. CASUÍSTICA DEL “VARÓN DISCRIMINADO”

Cuando se ha hecho referencia a la distinción básica hombre/mujer como categoría global que sirve de punto de partida de las categorías de género, se ha mencionado siempre a las mujeres como las víctimas potenciales de la discriminación. Ahora bien, cabe plantearse si esto es así siempre o si, por el contrario, los varones pueden ser también objeto de conductas discriminatorias. A este respecto, se hace necesario distinguir entre diversos tipos de supuestos.

<sup>35</sup> Sobre las nociones de acción positiva directa e indirecta, véase mi artículo, “Elementos para una valoración técnico-jurídica de las medidas de acción positiva”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2010, pp. 49-50.



## 2.2.1. LA “CONCIENCIA DE LA MAYORÍA OPRIMIDA”

Denomino la “conciencia de la mayoría oprimida” a una distorsión de la percepción motivada por factores diversos (sesgos cognitivos, preferencias endogrupales, prejuicios, defensa de los privilegios, etc.), según la cual el acceso progresivo a la igualdad de los grupos que se encuentran en una situación de desventaja se percibe como una “discriminación inversa”. Así, por ejemplo, muchas personas pueden valorar consciente o inconscientemente que los “extranjeros”, aún los que se encuentran en situación regular, tienen o deben tener un menor acceso a la sanidad de los “españoles”; en este contexto, si la realidad es que los extranjeros acceden a los servicios sanitarios en condiciones de igualdad (lo que implica por ejemplo, entrar antes en la consulta del médico si la cita estaba fijada con interioridad), estas personas pueden percibir erróneamente que los poderes públicos favorecen a los extranjeros “discriminando” a los españoles. Lo mismo puede suceder si los extranjeros tienen el mismo derecho que los españoles a la educación y la aplicación de criterios en principio ajenos al origen nacional, como el nivel de ingresos implica que personas de distinto origen nacional accedan antes que muchos españoles a determinadas becas o ayudas.

94

La “conciencia de la mayoría oprimida” se produce también en el ámbito de las desigualdades de género. Supongamos que hay un puesto de trabajo de responsabilidad que está casi absolutamente masculinizado. El acceso paulatino de las mujeres a este puesto puede ser interpretado, consciente o inconscientemente como una amenaza para los varones, que se consideran así “discriminados”. Así pues, éstos pueden percibir que se han invertido las relaciones de subordinación (“las mujeres le han dado la vuelta a la tortilla”, “aquí ahora mandan las mujeres”), o pueden creer que el acceso de las mujeres a estas posiciones se debe, directa o indirectamente a su condición femenina, afirmando que, por ejemplo, han ascendido debido a supuestas políticas de “discriminación positiva” o por haber atendido a los requerimientos sexuales de sus jefes.

Así pues, muchas alegaciones de “discriminación inversa”, existan o no medidas de acción positiva, pueden atribuirse simplemente a estas distorsiones en la percepción, sin que exista ninguna conducta ilícita.

## 2.2.2. LA CONFUSIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL

En otros casos, las alegaciones del “varón discriminado” no derivan de distorsiones de la percepción social, sino que se refieren a supuestos reales de trato diferenciado que son relevantes en términos jurídicos y cuya legitimidad puede ser, como mínimo, puesta en duda. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la vinculación de estos supuestos con la discriminación “de los varones” deriva de una generalizada confusión conceptual entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, confusión que se explica por el proceso histórico de formación de la normativa antidiscriminatoria.

En efecto, la prohibición de discriminación deriva del principio general de igualdad formal, pero ha evolucionado hasta convertirse de manera progresiva (y acaso aún

incompleta) en una institución jurídica diferenciada. No debe entenderse que la “discriminación” equivale a cualquier desigualdad de trato injustificada, sino que, en realidad se refiere únicamente a las diferencias de trato desfavorables que se producen por la adscripción a un grupo social determinado y que tienden a situar a las personas adscritas a estos grupos en una posición sistemática de desigualdad<sup>36</sup>.

Así pues, los operadores jurídicos no pueden asumir automáticamente que todas las diferencias de trato que se basan en la adscripción a un grupo social constituyen actos discriminatorios, sino que tienen que tomar en consideración cuál es el contexto social de referencia en el que la diferencia de trato se aplica. Por ejemplo, una medida destinada a promover que sean los varones los que soliciten excedencias para el cuidado de familiares puede beneficiar *individualmente* a los varones que se benefician de este derecho (en comparación con las mujeres que no puedan hacerlo). En términos exclusivamente formales o abstractos parecería una “discriminación” contra las mujeres; sin embargo, en el contexto real de la desigualdad en la asignación de las tareas de cuidado, –desigualdad que termina produciendo graves perjuicios a las mujeres como colectivo en el mercado de trabajo–, la medida no sólo no es discriminatoria, sino que, en realidad, se trata de una acción positiva en favor de las mujeres.

Asimismo, una medida de acción positiva puede perjudicar *individualmente* a determinados varones con la finalidad de equiparar las relaciones de poder entre los géneros en un contexto real de desigualdad. Esto no implica necesariamente que la medida sea ajustada a Derecho. Sin embargo, para enjuiciar su validez no debe considerarse si existe o no una conducta discriminatoria, sino más bien si se ha vulnerado o no el principio de igualdad. La aplicación del principio de igualdad formal se refiere a los intereses individuales, mientras que la discriminación implica siempre consecuencias respecto a las relaciones entre los grupos<sup>37</sup>.

Supongamos que en un proceso de selección de personal en una Administración Pública se contrata a una mujer para un puesto masculinizado, a pesar de que había concurrido a las pruebas un varón con una cualificación claramente superior. Desde el punto de vista de la prohibición de discriminación en sentido estricto, la medida no es inválida, porque no contribuye a reproducir la posición de desigualdad de un género; más bien al contrario, puesto que son las mujeres las que se encuentran en una posición de desventaja en el mercado de trabajo en general y en esa profesión en particular. Ahora bien, aunque esta medida estaría razonablemente orientada a un fin legítimo (la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres), resultaría desproporcionada y por tanto inválida desde la perspectiva del principio de igualdad formal, puesto que provoca un perjuicio

<sup>36</sup> Se razona con más detalle acerca de este concepto de discriminación y de las diferencias sustanciales que implica con el principio de igualdad formal en ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y sobre la eficacia de la tutela discriminatoria”, pp. 1002–1011.

<sup>37</sup> BARRERE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, p. 54.

excesivo sobre un individuo, vulnerando el principio de mérito y capacidad en el acceso a la Administración Pública.

Esta distinción no es baladí, puesto que la perspectiva de la igualdad formal presenta diversas diferencias operativas con respecto a la aplicación del principio de no discriminación. En primer lugar, el principio de igualdad en sentido estricto afecta a los poderes públicos, pero no a los particulares, aunque en el caso de igualdad entre hombres y mujeres habría que admitir probablemente que las Directivas comunitarias, construidas en parte sobre la base de la igualdad formal, suponen también algunas constricciones para los particulares. En segundo lugar, la discriminación en realidad no se *justifica* en ningún caso, aunque sí que puede descartarse la concurrencia de discriminación en un supuesto en principio sospechoso, justificando que realmente no existe adscripción a grupos sociales o que no hay ninguna tendencia a reproducir las desigualdades sociales; en cambio, desde la óptica del principio de igualdad, las diferencias de trato pueden justificarse si son razonables y proporcionadas. En tercer lugar, la aplicación del principio de igualdad exige siempre un término de comparación, mientras que en la discriminación no es estrictamente necesario, aunque a menudo es muy útil. En cuarto lugar, no puede existir discriminación indirecta si no existe un perjuicio general sobre un grupo social determinado; así pues, cuando se aplica el principio de igualdad se trata de analizar el prejuicio individual sufrido, pero no el impacto global que sufren grupos amplios de personas.

### 2.2.3. LOS SUPUESTOS DE VERDADERA DISCRIMINACIÓN: EL CONTEXTO REDUCIDO Y EL CASTIGO DE LA "OVEJA NEGRA"

La posición de inferioridad en la que se encuentran las mujeres en nuestra sociedad (y en todas o en la mayoría de las sociedades conocidas) dificulta que puedan existir situaciones en las que los varones sean realmente discriminados por razón de género. No obstante, esto no es del todo imposible.

Se ha definido anteriormente la discriminación como una diferencia de trato desfavorable que se presta a las personas como consecuencia de su adscripción (directa o indirecta) a una categoría social determinada cuando sitúa real o potencialmente a las personas asimiladas a estos grupos en una posición sistemática de desigualdad. Ahora bien, el contexto en el que se evalúa esta desigualdad puede ser variable (el territorio de un Estado, el mercado de trabajo, un sector determinado, una empresa, un centro de trabajo...) Si bien el análisis de cada contexto debe tener en cuenta la interdependencia que existe con otros espacios más amplios, lo cierto es que algunos de estos entornos pueden asumir dinámicas muy específicas.

Así, podría suceder que en un contexto determinado las relaciones de poder entre los grupos sociales se inviertan<sup>38</sup>. Esto se advierte claramente en la discriminación

<sup>38</sup> "Este contexto general de referencia será, en principio, el correspondiente al ámbito de aplicación de la norma antidiscriminatoria que, en nuestro ordenamiento jurídico coincidirá normalmente con el conjunto del territorio español. No obstante, también es importante tener en cuenta contextos más reducidos, ya que puede ser que haya pautas de discriminación que no aparezcan como tales en el conjunto de la sociedad española pero sí en ámbitos más pequeños o específicos dentro de ella e, incluso, es posible que

por razones ideológicas o religiosas, pero podría aplicarse también, por ejemplo, a los motivos étnicos o raciales. No cabe duda de que en el conjunto del Estado español las personas autóctonas se encuentran en una posición ventajosa respecto a los grupos étnicos minoritarios, como por ejemplo, los magrebíes; sin embargo, un español que presta sus servicios en una empresa en la que todos o la mayoría de los trabajadores son magrebíes podría ser víctima de acoso moral discriminatorio por razón de su origen étnico. De hecho, no es extraño que los grupos oprimidos reaccionen de manera agresiva frente al trato que reciben de los grupos dominantes.

Del mismo modo, aunque en la práctica no parece frecuente, pudiera ser que en determinados contextos dominados de un modo u otro por una mayoría femenina en términos de poder, algunos hombres pudieran sufrir algún tipo de tratamiento desfavorable de carácter sistemático que tendiera a reproducir la situación de desigualdad que existe en ese contexto más reducido. Estos fenómenos estarían en realidad vinculados a las relaciones de género existentes en contextos más amplios; así, este hipotético “hembrismo” estaría relacionado con las relaciones entre hombres y mujeres en un contexto más amplio (de manera que estas mujeres trataran de asimilarse a un modelo de agresividad en el ejercicio de poder que había sido acuñado previamente por los hombres). Estos vínculos pueden ser relevantes a la hora de analizar la conducta en términos sociológicos o psicológicos, pero no es obstáculo para que estas conductas sean calificadas por el Derecho como discriminatorias.

En otro orden de cosas, aunque las pautas de género perjudican la posición global de las mujeres *como grupo*, situándolas sistemáticamente en una posición social de inferioridad, a menudo pueden producir resultados perjudiciales, e incluso opresivos, para los varones; por este motivo, la perspectiva de género debe abarcar también estos problemas que afectan a los “hombres”<sup>39</sup>. En efecto, las pautas de género establecen importantes limitaciones a la conducta masculina, que en la práctica restringen su espacio de posibilidades y el desarrollo de su personalidad<sup>40</sup>.

El género impone a los varones la pesada carga de afirmar continuamente su “virilidad”<sup>41</sup>. En ocasiones, este rol social produce todo tipo de disfunciones vitales:

en determinados ambientes sean frecuentes discriminaciones de signo contrario a las que pudieran estar más generalizadas desde el punto de vista global o nacional.” ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. “Nuevas reflexiones...”, *Op. Cit.*, p., 1035.

<sup>39</sup> LANSKI, M., “Género, mujeres y todo lo demás (I)”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119 (2001), p. 530.

<sup>40</sup> La división de los sexos tiene el efecto de reprimir algunas de las características de personalidad de prácticamente todos, hombres y mujeres. El mismo sistema social que oprime a las mujeres en las relaciones de intercambio, oprime a todos en su insistencia en una división rígida de la personalidad”, RUBIN, G., *Op. Cit.*, p. 115. “[...] la existencia, en una sociedad, de una dicotomía en la personalidad social, de la personalidad definida y limitada sexualmente, castiga en mayor o menor grado a cada individuo nacido en su seno”, MEAD, M., *Op. Cit.*, p. 335. LANSKI, M., “Género, mujeres y todo lo demás (II), *Revista Internacional del Trabajo*, n° 120, pp. 91, 93–94.

<sup>41</sup> “El privilegio masculino no deja de ser una trampa y encuentra su contrapartida en la tensión y la contención permanentes, a veces llevadas al absurdo, que impone en cada hombre el deber de afirmar en cualquier circunstancia su virilidad.”, BOURDIEU, P., *Op. Cit.*, p. 68.

conductas temerarias (que, por ejemplo, pueden provocar accidentes de trabajo), comportamientos excesivamente agresivos (a veces extremos), limitaciones en la vivencia y expresión del afecto y de los sentimientos, exceso de horas de trabajo o de esfuerzo físico, vigorexia, obsesión por la “potencia sexual”, etc.<sup>42</sup>. En cualquier caso, esta “opresión” no se produce exclusivamente en el nivel psicológico-individual, sino que, lógicamente, tiene una dimensión social. Esto implica que existen mecanismos sociales de coacción o represalia para los varones que no se ajustan a los estándares marcados por las pautas dominantes de género. Estas formas de coacción pueden concretarse en conductas discriminatorias, por lo que adquieren relevancia desde un punto de vista jurídico. Así pues, los varones pueden ser discriminados si se los trata como “ovejas negras”, cuestión que se explica con más detalle en el epígrafe siguiente.

## 2.3. EL CASTIGO DE LA “OVEJA NEGRA”

### 2.3.1. ASPECTOS CONCEPTUALES

98

De entre los diferentes factores que afectan a la discriminación, la Psicología Social se ha ocupado de analizar los aspectos sociocognitivos, es decir, aquellos que se refieren a la percepción que unas personas tenemos de otras en la vida social. En este sentido, se ha identificado y comprobado la tendencia general de los miembros de un grupo a juzgar y tratar desfavorablemente a las personas que no pertenecen al grupo. De acuerdo con la “Teoría de la identidad social” de Tajfel y Turner, este trato desfavorable se orienta –desde esta perspectiva cognitiva– a obtener una “identidad social positiva” como resultado de la comparación con los miembros del grupo ajeno<sup>43</sup>; al perjudicar o infravalorar a los miembros del exogrupo, se refuerza la identidad propia. Sin embargo, también existe una tendencia general a valorar de manera especialmente negativa la conducta “desviada” de los miembros del propio grupo, cuando la desviación pone en cuestión de algún modo la identidad del grupo y, por tanto, la identidad social del individuo. Esto es lo que en Psicología se conoce como “efecto oveja negra”<sup>44</sup>.

Es indudable que este efecto se produce también en relación con los grupos de género. Las propias mujeres, víctimas de la “violencia simbólica” que las hace compartir la percepción del mundo en las que se basa su subordinación, pueden “castigar” la conducta de aquellas otras que, por razones diversas, no se identifican como “verdaderas mujeres”; de la misma manera, también los hombres pueden

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 34, 36, 71. LANSKI, M., “Género... (II)”, *Op. Cit.*, pp. 105–106.

<sup>43</sup> *Vid.* TAJFEL, H.J. y FORGAS, J.P., “Social Categorization: Cognition, Values and Groups” y FEIN, S. y SPENCER, S.J., “Prejudice as Self- Image Maintenance: Affirming the Self Through Derogating Others”, ambos en AAVV (C. Stangor, Ed.), *Stereotypes and prejudice*, Taylor & Francis, Filadelfia, 2000, pp. 54 y ss. y 172 y ss., respectivamente.

<sup>44</sup> MARQUES, J.M, ZERBYT, V.Y. y LEYENS, “The black sheep effect: extremity of judgements towards ingroup members as a function of group identification”, *European Journal of Social Psychology*, Vol. 18, 1–16 (1988).

sancionar socialmente a los varones que no se comportan conforme a los patrones dominantes establecidos para el género masculino<sup>45</sup>.

Este efecto cobra relevancia jurídica cuando se traduce en diferencias de trato desfavorables. Ahora bien, desde una perspectiva jurídica y no psicológica, es indiferente que la diferencia de trato provenga de personas del mismo o distinto género que la víctima. Desde la óptica que aquí nos interesa, el “efecto oveja negra” por razón de género existe, en principio, siempre que una persona recibe un trato desfavorable como consecuencia de que no encaja, de un modo u otro, total o parcialmente, en determinados patrones preestablecidos para su género, con independencia de quién sea el sujeto activo. Por otra parte, también es irrelevante la prueba de la intencionalidad del sujeto activo, puesto que la discriminación atiende únicamente al resultado. Este tipo de conductas encajan perfectamente en la noción de discriminación.

En primer lugar, estas diferencias pueden atribuirse a la adscripción a un grupo social; de un lado, la pertenencia a un grupo genérico, como los “hombres” o las “mujeres”, de otro lado, la incorporación a una categoría específica (más o menos estable o flexible) de “desviados” dentro del género.

En segundo lugar, estas conductas son contrarias al valor constitucional de la dignidad humana. Desde luego, implican un perjuicio individual sobre la persona a la que se trata en función de su pertenencia a una categoría social y no de sus características individuales. Pero también se produce un efecto más amplio de reproducción de las desigualdades entre los grupos, que opera en dos sentidos distintos. De un lado, se refuerzan las pautas de género que en último término están manteniendo la posición global de inferioridad social de las mujeres; así, por ejemplo, cuando se toman represalias contra un varón por asumir responsabilidades familiares, se está favoreciendo que sean las mujeres las que mantengan ese rol social (en perjuicio de su participación en el mercado de trabajo). De otro lado, se crean subcategorías de “desviados del género” que en contextos más o menos amplios terminan asumiendo determinados roles sociales subordinados; el ejemplo más claro de esto último es el de las diversas categorías sociales construidas en torno a la orientación sexual o a los cambios corporales o de apariencia física.

En efecto, no cabe ninguna duda de que la discriminación por la orientación sexual –de la que obviamente pueden ser víctimas tanto hombres como mujeres– es una forma de discriminación “por razón de género”<sup>46</sup>. En efecto, las pautas de género

<sup>45</sup> LANSKI, M., *Op. Cit.*, p. 535.

<sup>46</sup> “El género no sólo es una identificación con un sexo: además implica dirigir el deseo sexual frente al otro sexo [...] la opresión de los homosexuales es por consiguiente un producto del mismo sistema cuyas reglas y relaciones oprimen a las mujeres”, RUBIN, G., *Op. Cit.*, p. 115. Por supuesto, esto es así siempre que la orientación sexual se considere en sentido estricto (preferencias de género en la elección del objeto sexual); existe la posibilidad de que esta causa se termine aplicando también a supuestos en los que se discrimine a una persona por realizar otras prácticas sexuales minoritarias (como el BDSM o el intercambio de parejas). Dado que en Derecho Comunitario –no así en derecho interno– el listado de causas de discriminación es exhaustivo, es muy posible que el TJUE, enfrentado a situaciones concretas

establecen una conducta sexual prescrita para los miembros de cada uno de los sexos, así como una serie de reacciones estandarizadas para las conductas sexuales desviadas del patrón general. Estas reacciones implican la construcción cultural de categorías que permitan percibir socialmente esa especificidad (por ejemplo “gays”, “lesbianas” o “bisexuales”), categorías que también se “naturalizan”, es decir, se asumen como realidades esenciales y no como productos contingentes de la vida social humana. Aunque la aceptación social de estos colectivos es cada vez mayor en los países más desarrollados, es evidente que en este momento siguen siendo víctimas de graves discriminaciones “por razón de género”. Es habitual que se asuma que las personas homosexuales no son “verdaderos hombres” o “verdaderas mujeres” en tanto no se ajustan perfectamente al modelo mayoritario; por este motivo, a menudo se les atribuyen –o se autoatribuyen– características que normalmente se vinculan al género opuesto y que no se relacionan directamente con las preferencias sexuales (por ejemplo una mayor “sensibilidad” para los “gays” o una conducta agresiva para las “lesbianas”).

100 Por otra parte, estas categorías pueden utilizarse también con un ánimo peyorativo evidente como emblemas del desprecio de la mayoría social hacia aquellas personas que se desvían de las pautas prevenidas, más allá de la conducta sexual; así, por ejemplo, un varón que asume la corresponsabilidad en las tareas domésticas o que no se conduce de manera agresiva en determinadas situaciones puede ser calificado como “maricón”; una mujer que exhiba fuertes convicciones feministas y que critique públicamente la sumisión a los varones puede ser despreciada denominándola “lesbiana”. De este modo, la categoría “desviada” constituye una sanción social y una amenaza permanente para aquellos que por alguna razón se muestran “desobedientes” a las pautas de género. Así, en determinados supuestos, como los procesos de acoso moral por razón de género, la polaridad hombre/mujer puede mezclarse con referencias a la orientación sexual.

Ahora bien, por más que la perspectiva de género sea oportuna para comprender e identificar la discriminación por razón de la orientación sexual, ésta asume perfiles netamente diferenciados. La distinción entre hombres y mujeres afecta al núcleo básico de la división entre trabajo “productivo” y “reproductivo”, así como a la propia división del trabajo considerado “productivo”, es decir, el que se vende en el mercado; por ello, la discriminación entre hombres y mujeres está firmemente asentada en el mundo económico y laboral y los efectos de sus desigualdades se proyectan sobre el resto de las dimensiones de la vida social. Otras categorías como la etnia o la edad también son muy relevantes desde el punto de vista de la división social del trabajo.

de injusticia material termine interpretando en sentido amplio esta causa, como ya sucedió en la STJUE P. vs. S. En este sentido, *Vid.* RIVAS VALLEJO, P., “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada a las Jornadas “El Dret del Treball en el segle XXI”, disponible en Internet: <<http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>>, Nota 44.



En cambio, aunque en el imaginario colectivo se vincula hasta cierto punto la homosexualidad con el ejercicio de determinadas profesiones, en términos generales, la orientación sexual afecta básicamente al ámbito extralaboral (*status* en las interacciones sociales cotidianas, familia y reproducción, ocio y el consumo...), pero no especialmente a la división del trabajo productivo. Por supuesto, esto no implica que esta causa de discriminación no tenga relevancia laboral. La hostilidad social que aún existe respecto a las personas homosexuales puede proyectarse hacia la empresa, provocando discriminaciones en el acceso al empleo, las condiciones de trabajo o la extinción del contrato, o bien situaciones de acoso moral discriminatorio<sup>47</sup>. Por otra parte, es muy relevante la discriminación sufrida por los homosexuales en el ámbito familiar<sup>48</sup> y ello puede tener efectos reflejos sobre el contrato de trabajo o la protección social<sup>49</sup>, si bien muchos de ellos se eliminan con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En este contexto, no es imposible que la discriminación por razón de orientación sexual despliegue algún efecto la desigualdad que sufren las mujeres como grupo social, pero estos eventuales efectos serían en todo caso indirectos; el perjuicio se concentra fundamentalmente en las personas adscritas a estas minorías sexuales. Por este motivo, resulta muy conveniente, tanto a efectos analíticos como incluso a efectos jurídicos, tratar la orientación sexual como una causa separada de discriminación. Así, las Directivas comunitarias de igualdad entre hombres y mujeres no afectan a la igualdad de trato por razón de la orientación sexual<sup>50</sup>, que actualmente se regula en la Directiva marco 2000/78/CE. .

101

Otras transgresiones de las pautas de género dominantes se refieren al cuerpo y a la apariencia física. En estos casos se producen alteraciones más o menos intensas de la vestimenta, la voz, la postura corporal o incluso modificaciones quirúrgicas del propio cuerpo, que se oponen a las pautas de género dominantes. Cuando estas alteraciones no son transitorias, resultan mucho más fácilmente perceptibles que la orientación sexual en sentido estricto, lo que aumenta las posibilidades de que se produzcan conductas discriminatorias. A estos supuestos podrían añadirse aquellas otras situaciones en las que la imagen del sujeto se opone a los patrones de género sin que se haya producido ninguna alteración voluntaria del cuerpo (por ejemplo, las diferentes formas de intersexualidad).

Las distorsiones menos intensas de la imagen esperada (por ejemplo, la “pluma” en un varón, el uso de determinada vestimenta masculinizada por parte de una mujer o el aspecto andrógino en ambos sexos) suelen operar como “rasgos distintivos” de categorías relativas a la orientación sexual, del mismo modo que el

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, el supuesto de despido discriminatorio enjuiciado en la STC 41/2006

<sup>48</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STEDH *E.B. vs. Francia*, de 22-1-2008. En el supuesto enjuiciado por esta sentencia, se había denegado la autorización administrativa para poder adoptar a un niño a una mujer homosexual por no existir referentes masculinos en la familia, a pesar de que la legislación admitía la adopción por parte de personas solteras.

<sup>49</sup> *Vid.* STJUE, *Maruko*, de 1-4-2008.

<sup>50</sup> En este sentido, STJUE *Grant*, de 17-2-1998.

color de la piel, el acento o la vestimenta operan como rasgos distintivos de las categorías raciales o étnicas<sup>51</sup>. Es evidente que no existe ninguna conexión automática o necesaria entre estos rasgos y la orientación sexual, pero eso no impide que se produzca la discriminación por razón de género, que en estos casos habría de remitirse a la causa de la orientación sexual; ciertamente, una persona puede ser discriminada porque se le ha adscrito a una minoría sexual a la que, en realidad, no pertenece.

Las alteraciones más intensas (*travestismo*, *transexualidad*) generalmente implican que el sujeto pretende cambiar “completamente” de género, ya sea de manera transitoria o permanente y, por tanto, se pretende afectar tanto a la imagen como al comportamiento social, incluyendo, en su caso, alteraciones quirúrgicas del cuerpo. El cambio permanente se vincula a la experiencia de la “disforia de género”, es decir, a una discordancia entre la identidad de género del sujeto y el sexo que se le ha asignado al nacer en función de sus características morfológicas. El nivel de tolerancia social hacia este tipo de transgresiones es mucho más bajo que el que existe para las minorías sexuales, de manera que, si estas personas no consiguen ocultar completamente su condición, encuentran serias dificultades para integrarse en el mercado de trabajo y en una vida social normalizada. De hecho, en muchos casos quedan abocadas a la prostitución y la marginalidad<sup>52</sup>.

102

El TJUE ha considerado que las Directivas comunitarias de igualdad entre hombres y mujeres abarcan el supuesto de cambio de sexo<sup>53</sup>. La argumentación al respecto resulta forzada y artificiosa: de acuerdo con el Tribunal, se produce un trato desfavorable respecto a las personas del sexo al que se le había adscrito anteriormente. Desde esta perspectiva, si una mujer decide cambiarse al sexo masculino y recibe represalias de su empresario, debería interpretarse que en esa empresa “los hombres” están siendo discriminados respecto a las mujeres. Esta conclusión no parece adecuada; es evidente que lo que genera la sanción social no es el hecho de que esta persona “sea un hombre”, –categoría que no constituye precisamente un grupo marginal–, ni siquiera que pertenezca a una subcategoría de hombres “ovejas negras”. Más bien al contrario, en este caso la sociedad habría asignado a la víctima el sexo femenino y habría sido ésta quien no se habría comportado como una “verdadera mujer”. Lo mismo sucede en el caso contrario: un “hombre” que se cambia de sexo es castigado socialmente por no haberse mantenido en el género que se le ha atribuido en función de sus rasgos morfológicos. Como en el caso de la orientación sexual, no cabe ninguna duda de que estas discriminaciones están motivadas en el “género”, pero no

<sup>51</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Géneros humanos y discriminación racial en el trabajo”, en AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

<sup>52</sup> MARTÍN ROMERO, D., *La transexualidad: diversidad de una realidad*, Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Comunidad de Madrid, Madrid, 2004; MORALES ORTEGA, J.M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, II-1999, pp. 479-482.

<sup>53</sup> STJUE *P. vs. S.*, de 30-4-1996. Posteriormente, en materia de planes de pensiones e imposibilidad jurídica de contraer matrimonio, STJUE, *K.B.*, 7-1-2004.

se basan directamente en la polaridad básica hombre/mujer sino en categorías más complejas construidas sobre esta noción general<sup>54</sup>.

El carácter artificioso de la interpretación del TJUE puede explicarse seguramente en la rigidez del sistema de protección comunitario, que se sostiene sobre un listado exhaustivo de causas de discriminación, al contrario de lo que sucede en el ordenamiento español interno. Enfrentado el Tribunal a un supuesto claramente discriminatorio (el despido de una persona por haberse cambiado de sexo), trató de dictar una sentencia coherente con los principios generales en los que se basa en Derecho Comunitario. No obstante, posteriormente, en la STJUE *Grant* de 17-2-1998, entendería que, por el contrario, las Directivas de igualdad entre hombres y mujeres no amparan las situaciones de discriminación por razón de la orientación sexual. Si el Tribunal hubiera llevado a cabo simplemente una interpretación expansiva de los términos de las Directivas, considerando que abarcan todas las discriminaciones por razón de género (sin necesidad de recurrir a la alambicada comparación con el sexo al que el transexual había sido adscrito) no se hubieran producido estas incoherencias.

En todo caso, *de lege ferenda*, como sucede con la orientación sexual, la especificidad de estas discriminaciones por razón de la imagen o identidad de género requiere un tratamiento separado respecto a las Directivas de igualdad entre hombres y mujeres, donde los problemas sociales a afrontar son completamente distintos; una vez más, la discriminación contra los transexuales afecta fundamentalmente a estas personas, sin producir efectos directos sobre la desigualdad básica entre hombres y mujeres. Sin embargo, aunque la Directiva 2000/78/CE incluyó entre los motivos de discriminación la orientación sexual, no mencionó de ningún modo la transexualidad. No cabe duda de que la orientación sexual minoritaria y el cambio de sexo constituyen supuestos claramente diferenciados desde diversas perspectivas. No obstante, esta afirmación puede matizarse: a menudo en el imaginario colectivo ambos supuestos están íntimamente ligados (percibiéndose la transexualidad como un caso “extremo” de homosexualidad); aunque esto no tiene por qué ser cierto y, de hecho, hay personas que se cambian el sexo manteniendo las preferencias sexuales del género al que habían sido adscritas inicialmente, las categorías discriminatorias no tienen por qué responder a la realidad y, de hecho, a menudo no lo hacen. En cualquier caso, resulta muy conveniente la incorporación expresa de esta causa de discriminación a la Directiva marco de igualdad, excluyéndose de las Directivas de igualdad entre hombres y mujeres.

Por otra parte, algunas otras distinciones o categorías de género se refieren al comportamiento social esperado. Nuestras sociedades son lo suficientemente com-

<sup>54</sup> RIVAS VALLEJO, P., *Op. Cit.*, 2.1b), considera que la transexualidad no puede asimilarse a la discriminación por razón de género. Aparentemente, con esta afirmación no se está refiriendo al “género” en sentido técnico (es indudable la conexión de la transexualidad con el género), sino más bien a la distinción básica entre hombres y mujeres. No comparto la justificación que aduce para esta exclusión, que se basa en la diferencia que implica un cambio de hombre a mujer respecto a un cambio de mujer a hombre. A mi juicio, aunque a nivel sociológico o psicológico ambos supuestos puedan presentar diferencias, en la práctica son muy similares entre sí y al mismo tiempo muy específicos respecto a la distinción básica entre hombres y mujeres.

plejas como para que las pautas de género sean relativamente flexibles, de manera que un número muy significativo de personas se aparta en unas u otras cuestiones de los roles de género tradicionalmente definidos, sin que ello venga acompañado de ningún modo de alteraciones corporales, de la apariencia física o de la conducta sexual.

Los *varones desobedientes* son los hombres que se apartan en un aspecto determinado del comportamiento socialmente esperado para su género y son represaliados por ello como “ovejas negras”. Así, por ejemplo, un varón puede ser discriminado en su empresa porque ha hecho uso de una reducción de jornada para el cuidado de familiares o porque al tener un hijo ha decidido que su dedicación a la vida profesional no va a suponer un esfuerzo “heroico” que vaya más allá de sus obligaciones contractuales. Es importante subrayar que estos supuestos constituyen discriminaciones por razón de género, porque no parece que esta calificación haya sido asumida plenamente por la doctrina académica.

La situación de subordinación de las mujeres provoca que las categorías relativas a la transgresión femenina sean más diversas y variadas. Las *mujeres desobedientes* en sentido estricto son aquellas que son castigadas socialmente por salirse del rol tradicionalmente establecido, como sucede, por ejemplo, si una mujer sufre un proceso de acoso moral como consecuencia de haberse incorporado a un puesto de poder que está implícitamente reservado a los hombres. Las *mujeres no asimiladas* son aquellas que no quieren renunciar a determinados comportamientos que la sociedad atribuye a su género y que les impiden acceder a un espacio social masculinizado; así, por ejemplo, una empresa podría estar dispuesta a admitir a mujeres en determinados puestos de responsabilidad siempre que no tuvieran hijos, lo que, indudablemente, constituiría una discriminación por razón de género. En estos casos, la dominación masculina introduce una mayor complejidad al “efecto oveja negra”: se permite a las mujeres asimilarse al género masculino en determinadas circunstancias, pero para no quedar excluidas deben cumplir determinados requisitos que no se exigen a los hombres o que los hombres cumplen automáticamente.

Las *mujeres indecentes* son aquellas que, debido a su comportamiento desobediente con respecto a las pautas más comunes de género, son adscritas a una subcategoría de “ovejas negras” dentro de las mujeres, que se encuentra en una posición de inferioridad especial dentro de su género. Históricamente, la división de las mujeres entre “decentes” e “indecentes” ha sostenido en gran medida la subordinación del género femenino. Las primeras cumplían con las funciones reproductivas y productivas socialmente asignadas a su género y se encontraban confinadas en un espacio muy reducido y dominado por sus maridos o por sus parientes varones. Las segundas podían acceder a espacios sociales reservados a los varones y se encontraban sometidas al género masculino en general a través de la explotación sexual y condenadas a una posición marginal en la sociedad. Del mismo modo que el arquetipo del “maricón” opera como amenaza permanente para los varones que se apartan de los patrones de género en algún aspecto, las mujeres se ven amenazadas por la figura de la “puta”; así, la imagen cultural de la “prostituta” contribuye a reprodu-

cir la sumisión de las mujeres “decentes”, puesto que cualquier infracción de las pautas prevenidas puede reconducirlas simbólicamente al terreno marginal de la “indecencia”. Aunque esta división actualmente no es tan rígida ni intensa como ha sido en sociedades más tradicionales, siguen existiendo numerosas supervivencias de ella. Así, por ejemplo, las mujeres que sean calificadas por alguna razón en las categorías de la “indecencia” –por ejemplo, una mujer abiertamente promiscua– podrían ser víctimas con mayor frecuencia de agresiones sexuales de cualquier tipo (como el acoso sexual en el trabajo).

Al contrario de lo que sucede con la orientación sexual, estas categorías relativas al comportamiento social sí deben entenderse abarcadas por las Directivas de igualdad entre hombres y mujeres. Esto se debe a que su especificidad respecto a la distinción básica hombre/mujer es mucho menor que en el caso de la orientación sexual y en el de la transexualidad, tanto desde un punto de vista conceptual (no adquieren relevancia como categorías independientes en la sociedad) como desde una perspectiva práctica u operativa, dado que en la mayoría de los casos estas categorías sí se refieren directamente a la división del trabajo productivo y reproductivo entre hombres y mujeres. Como consecuencia de ello, la discriminación que sufren estas personas sí que produce generalmente efectos directos respecto a la posición general de desigualdad de las mujeres.

### 2.3.2. ASPECTOS RELATIVOS A LA IDENTIFICACIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES

La conciencia de la diversidad de las categorías de género más allá de la distinción básica entre “hombres” y “mujeres” sobre la que se construyen las demás categorías, permite amplificar la percepción de las discriminaciones por razón de género, facilitando la eficacia de la tutela antidiscriminatoria.

a) No cabe duda de que los varones pueden ser discriminados por razón de género. Pero, como se ha visto, esto no se debe normalmente a una situación de superioridad de las mujeres, sino todo lo contrario, a las represalias sociales, o simplemente, a los efectos negativos de carácter automático e impersonal que implica la asimilación explícita o implícita a las mujeres en algún aspecto concreto (cuidado de familiares, asunción de tareas domésticas, adopción de un comportamiento “maternal” o no agresivo, incorporación a categorías profesionales feminizadas, etc.) En otro orden de cosas, hombres y mujeres pueden ser discriminados por su orientación sexual o por la adopción voluntaria o involuntaria, más o menos intensa, de una apariencia andrógina o directamente asimilada al género opuesto. La toma en consideración de estos aspectos permite detectar de manera más eficaz las discriminaciones que puedan producirse en la práctica.

b) Hay que tomar en consideración que, en ocasiones, los sujetos que llevan a cabo diferencias de trato discriminatorias tratan de justificar su conducta utilizando como cobertura o “fachada” (*tokenism*) la circunstancia de que en el mismo contexto existen personas formalmente adscritas al grupo más amplio (en este caso, “las mujeres”) que no han sido víctimas de discriminación (o que incluso se han beneficiado de medidas de acción positiva); sin embargo, una comprensión adecuada de

la flexibilidad y complejidad de las categorías puede revelar la existencia de pautas discriminatorias más allá de las apariencias.

Esto puede comprenderse más fácilmente con un ejemplo. Supongamos que en una gran empresa existe equilibrio numérico entre hombres y mujeres en un determinado puesto de dirección. Aparentemente, no existe ninguna discriminación; sin embargo, podría suceder que el criterio implícito o explícito para que las mujeres accedieran a ese puesto de responsabilidad fuera que no tuvieran hijos o que atendieran a los requerimientos sexuales de un superior. Es evidente que en este caso existiría una discriminación sistemática por razón de género aunque ésta no afectaría superficialmente a la composición de la categoría en lo que refiere a la distinción básica entre hombres y mujeres, que sólo sería el punto de partida para construir otras categorías de género. Así pues, el hecho de que exista un equilibrio aparente (por ejemplo, una proporción similar de mujeres y hombres en una empresa o en una determinada categoría) no permite excluir totalmente la posibilidad de que existan discriminaciones contra *mujeres desobedientes*, *mujeres indecentes*, *mujeres no asimiladas*, *varones desobedientes*, *homosexuales*, *transsexuales* u otras agrupaciones de “ovejas negras” que puedan distinguirse dentro del grupo más amplio de género.

c) La discriminación directa hacia las “ovejas negras” puede ser abierta u oculta y en este último caso, su ocultamiento puede ser consciente o inconsciente. Ni siquiera en la discriminación directa y abierta es estrictamente necesario que las subcategorías de género estén formuladas de manera expresa y clara. De hecho, tal y como se describen aquí, estas subcategorías no se utilizan como tales en la práctica social, sino que constituyen simplemente herramientas técnicas para poder detectar la discriminación en la práctica real. Así, por ejemplo, si un empresario despidе a una mujer porque se ha casado o se ha quedado embarazada, está sancionando a una *mujer no asimilada*, pero en realidad, nunca utilizaría esta categoría de modo explícito.

d) Cuando la Psicología Social estudia el “efecto oveja negra” se refiere lógicamente al comportamiento individual y no a los efectos reflejos indirectos provocados por las propias dinámicas sociales. Sin embargo, no es difícil ampliar el sentido de esta noción para abarcar también la *discriminación indirecta*. Cuando un varón asume un papel que en principio está socialmente asignado a las mujeres (determinadas profesiones o sectores, el contrato a tiempo parcial, asunción de responsabilidades familiares, etc.), tiende a incorporarse a un espacio que está infravalorado y a veces invisibilizado, compartiendo los perjuicios que sufren las mujeres que se encuentran en su misma situación. En estos casos puede existir una discriminación indirecta por razón de género contra los hombres que se han visto desplazados a ese espacio social feminizado.

Supongamos que un convenio colectivo establece una diferencia salarial entre los peones y los limpiadores; puesto que la primera ocupación está muy masculinizada y la segunda muy feminizada, se produce un impacto desfavorable sobre las

mujeres que constituye discriminación indirecta si no existe ninguna justificación objetiva, razonable y necesaria ajena al género para la diferencia de trato. Si las tablas salariales son discriminatorias, la autoridad laboral o los sujetos colectivos legitimados podrían impugnar el convenio para depurar del ordenamiento la norma inconstitucional. Ahora bien, en caso de que no se impugne directamente el convenio, nada impide que las trabajadoras afectadas pueden ejercer individualmente la acción judicial para reclamar las diferencias salariales oportunas; en este caso, el juez debería inaplicar la norma convencional discriminatoria, si bien los efectos de la sentencia quedarán restringidos a las personas que hayan ejercido la reclamación. En este contexto, lógicamente, los varones que se encontraran en la categoría profesional feminizada e infravalorada (en este caso, limpiadores) podrían plantear idénticas reclamaciones judiciales que sus compañeras, alegando igualmente la existencia de discriminación indirecta por razón de género.

e) La existencia del “efecto oveja negra” permite plantear la posibilidad de la *discriminación por asociación* en el ámbito del género.

La noción de “discriminación por asociación” aparece en el ámbito comunitario<sup>55</sup> a partir de la STJUE *Coleman*, de 17-7-2008, que se refería al despido de una trabajadora que había asumido los cuidados de su hijo discapacitado; el TJUE ha determinado que existe discriminación por razón de discapacidad cuando se trata a un trabajador de manera desfavorable por tener un hijo discapacitado<sup>56</sup>. Ciertamente, las diferencias de trato perjudiciales llevadas a cabo por los empresarios contra los trabajadores que asumen el cuidado de discapacitados normalmente pueden enfocarse desde la perspectiva de género; sin embargo, al parecer, en este caso no se habían producido represalias contra los padres que habían ejercido derechos laborales para cuidar a sus hijos no discapacitados.

A primera vista podría parecer que la discriminación por asociación carece de sentido en el ámbito del género, dado que las mujeres en realidad no constituyen una minoría social. En este contexto, lógicamente, todos los varones presentan conexiones o vínculos sociales con mujeres y esta circunstancia, lógicamente, no produce ninguna sanción social negativa. Sin embargo, la discriminación por asociación puede tener sentido cuando se aplica a subcategorías degradadas dentro de cada género. Así, un varón puede ser represaliado por su conexión con una “mujer desobediente”, “mujer indecente” o “mujer no asimilada”; una mujer puede ser sancionada por su conexión con un “varón desobediente”. Por último, cualquier persona puede ser discriminada por considerarse de algún modo vinculada a

<sup>55</sup> El concepto ya existía previamente en el debate doctrinal y en la legislación de algunos países. Véase al respecto CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad”, *Revista de Derecho Social*, n° 43, 2008.

<sup>56</sup> En concreto, esta sentencia establece que “Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa”.



personas *homosexuales, bisexuales, travestis, transexuales* o incluidas en cualquier otra categoría social considerada “desviada” por su orientación sexual o apariencia física.

#### 2.4. GÉNERO Y MULTIDISCRIMINACIÓN: SUPERPOSICIÓN E INTERSECCIÓN DE CATEGORÍAS

La complejidad y flexibilidad de las categorías sociales sobre las que se construyen las conductas discriminatorias no sólo se debe a la existencia de subcategorías de “ovejas negras”. Otro factor muy importante que incrementa esta complejidad es la posibilidad de confluencia de distintas categorías, causas o motivos de discriminación en una misma persona.

Como he señalado anteriormente, el hecho de que las mujeres constituyan aproximadamente la mitad de la sociedad implica que el género femenino está presente en todas las minorías sociales. Por esta razón, el género es posiblemente la categoría social que más fácilmente opera en combinación con otros factores de discriminación, dado que las mujeres están presentes en todos los grupos sociales victimizados (minorías étnicas, minorías sexuales, minorías religiosas, grupos de edad, discapacitados, etc.). Además, en el seno de estos grupos tienden a ocupar posiciones de inferioridad –como sucede en las minorías étnicas–, o bien a quedar invisibilizadas (como ocurre a menudo en las minorías sexuales). Aunque esto no suceda, la vulnerabilidad de estas mujeres tiende a ser mayor, al acumularse las desventajas propias de su pertenencia al grupo minoritario con las dificultades que implica en todo caso su adscripción al género femenino. Así, por ejemplo, si las personas mayores de 45 años tienen serias dificultades para integrarse en el mercado de trabajo y las mujeres se encuentran en desventaja respecto a los varones, es fácil deducir que las mujeres mayores de 45 años –a pesar de que puedan descartarse los motivos de embarazo– están en una posición particularmente precaria en el mercado. Denominaré a estos supuestos en los que se superponen las desventajas sociales *multidiscriminación por adición*.

La toma en consideración de esta superposición o adición de causas de discriminación presenta una particular relevancia en lo que refiere al análisis de la realidad social sobre la que se pretende intervenir. Así, en el diagnóstico previo a la instauración de un plan de igualdad o en el análisis del contexto previo al planteamiento de medidas de acción positiva debe tenerse en cuenta que no todas las mujeres se encuentran en la misma situación, sino que su posición social se encuentra modulada por diversos factores, entre los que se encuentra su adscripción a otras categorías sociales.

Por otra parte, la multidiscriminación por adición podría ser relevante en la consideración de la discriminación indirecta. La justificación de las diferencias de trato que presentan un impacto desfavorable sobre las mujeres implica una valoración de proporcionalidad entre este impacto y el efecto legítimo y ajeno al género que pretendía llevar a cabo la norma o pauta cuestionada. En este contexto, la valoración

del perjuicio debe hacerse teniendo en cuenta la posible confluencia de motivos de discriminación, que multiplique la precariedad a la que se somete a los colectivos afectados.

Por último, la determinación de las indemnizaciones civiles que compensan a las víctimas por la realización de actos discriminatorios depende de la valoración que se haga del perjuicio sufrido<sup>57</sup>. Como regla general, la multiplicación de causas de discriminación habría de implicar mayores perjuicios, si bien, en realidad, la importancia de los daños sólo puede valorarse de modo casuístico.

Ahora bien, no sólo sucede que la pertenencia a varias categorías victimizadas implique generalmente una acumulación de desventajas, sino que, además, las pautas de género se manifiestan de modo distinto en los distintos grupos que existen en la sociedad. Así, por ejemplo, como ha puesto de manifiesto algún autor, los comportamientos a través de los cuales los varones de las clases sociales inferiores tratan de exaltar su virilidad, tienden a ser conductas desviadas (consideradas anti-sociales o ilegales), mientras que los varones de clases superiores se concentran en otro tipo de comportamientos agresivos que incluso pueden tener una valoración positiva<sup>58</sup>.

En la *multidiscriminación por intersección* no se trata simplemente de que se acumulen las desventajas de la pertenencia a varios grupos victimizados, sino que la propia subcategoría sobre la que se construye la conducta discriminatoria se configura en la confluencia de dos o más categorías sociales.

109

Así, por ejemplo, un empleador podría estar dispuesto a contratar mujeres españolas o varones marroquíes, pero podría tener prejuicios contra las mujeres marroquíes, por considerar que “debido al machismo que impera en su sociedad, las mujeres marroquíes son apáticas y poco agresivas”; o bien, siguiendo un prejuicio en sentido contrario, un empleador podría imponer condiciones especialmente duras a las mujeres polacas en base a la afirmación de que “son especialmente sumisas y no se quejan”. En ambos casos, cuando se actúa conforme al estereotipo de que las mujeres pertenecientes a estos grupos étnicos se encuentran en una posición de especial subordinación, se termina potenciando o reproduciendo la vulnerabilidad específica de estas mujeres.

Este problema se plantea también en relación con los signos de identidad étnica o religiosa. Es muy frecuente que en diversas sociedades se haga recaer sobre las mujeres la mayor parte de la responsabilidad en la expresión de la identidad grupal y de la tradición compartida; se ha planteado desde el pensamiento feminista que existe una sobrecarga de identidad de las mujeres que facilita el “derecho” a la individualización de los hombres pertenecientes a estos grupos étnicos<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Se plantea esta cuestión RIVAS VALLEJO, *Op. Cit.*, punto 3.

<sup>58</sup> LANSKI, M., “Género... (II)”, *Op. Cit.*, pp 95–96.

<sup>59</sup> AMORÓS PUERTO, C., “Feminismo y multiculturalismo”, en AAVV (coord. Ana de Miguel Álvarez, Celia Amorós Puerto), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, 2005., pp. 335 y ss.

En este sentido, en las sociedades europeas resulta particularmente visible el papel de exhibición de identidad grupal que cumplen muchas mujeres musulmanas a través del uso de las diversas formas del velo islámico. El “velo” abarca una diversidad de prendas de vestir, desde el *burka* que impone limitaciones objetivas a la movilidad, a la percepción y a la comunicación, hasta el *hiyab* o pañuelo islámico, en el que las limitaciones objetivas son anecdóticas y la discusión sobre su uso se remite al terreno simbólico, que es bastante más inseguro, por cuanto un símbolo puede significar cosas diferentes para distintas personas o incluso puede implicar diversos significados contradictorios para una misma persona.

En este contexto, aparecen o cobran importancia determinadas pautas de prohibición o de limitación de las diversas formas del velo islámico. En muchos casos, estas medidas restrictivas están (supuestamente) animadas por el deseo de reforzar la dignidad femenina; sin embargo, este propósito se mezcla también con la incorporación a las normas jurídicas de finalidades expresivas. De manera implícita o explícita, estas prohibiciones pretenden subrayar y acrecentar las diferencias simbólicas que existen entre la minoría musulmana y el resto de la sociedad (así, por ejemplo, puede tratar de prohibirse el *burka* en un contexto en el que no se utiliza). En cualquier caso, estas medidas restrictivas, en lugar de limitarse a combatir las coacciones que puedan ejercer los varones sobre las mujeres o a ampliar las posibilidades de decisión de éstas –de manera que puedan elegir utilizar estas prendas identitarias o no hacerlo –, tienden a cargar sobre ellas –paradójicamente, puesto que se supone que son las “víctimas” a proteger–, el peso de la restricción. Para atacar a determinadas identidades étnicas o religiosas se termina agrediendo en términos simbólicos y materiales, a las mujeres sobre las que sus grupos de pertenencia habían cargado la responsabilidad de la conservación de la identidad colectiva. Así, por ejemplo, aunque es indudable que el *burka* resulta lesivo para la dignidad de las mujeres debido a las limitaciones objetivas que establece para la vida social, no parece que la mejor forma de afrontar este problema sea precisamente multar a las mujeres que lo llevan por las calles (fomentando que se recluyan aún más en un espacio privado), del mismo modo que no puede defenderse la dignidad de las prostitutas estableciendo que el ejercicio de la prostitución es delito. Tampoco parece oportuno sancionar a los varones de su entorno familiar (más allá de las sanciones previstas para los supuestos de coacción), puesto que ello implicaría negar la existencia de estas mujeres como sujetos autónomos para el Derecho.

Este tipo de prohibiciones *boomerang*, que castigan a las mujeres pertenecientes a grupos étnicos minoritarios a las que supuestamente se pretendía proteger, pueden ser ejercidas también por los particulares. Así, por ejemplo, un empleador podría pretender prohibir el uso del *hiyab* en el trabajo, sancionando a las mujeres que lo llevaran puesto. Como resultado de estas prohibiciones, se termina condenando a las mujeres de estos grupos étnicos que se consideran –voluntaria o involuntariamente– “obligadas” a exhibir su identidad de este modo a recluirse en un espacio privado –el hogar– o bien a restringir su actividad a un espacio segregado en el que no se produce la interacción con la mayoría social u otros grupos étnicos o religiosos. Siempre que

se produzca la adscripción a la subcategoría (“mujeres musulmanas”) y que, como resultado de esta adscripción se reproduzca, o se pueda reproducir la desigualdad entre hombres y mujeres en el contexto social global o en el seno de grupos minoritarios, o bien la desigualdad entre la mayoría social y estos grupos, se está produciendo una discriminación en el sentido jurídico del término.

Aunque los supuestos de intersección son habituales en la interacción entre el género y las categorías étnicas (o en su caso con la religión operando como marcador étnico), también pueden producirse con otras categorías. Así, por ejemplo, aunque un empleador determinado podría estar libre de prejuicios respecto a la contratación de “mujeres jóvenes”, podría pensar que las que tienen una determinada edad presentan dificultades para incorporarse al mercado laboral debido a su cultura tradicional o a la falta de formación.

En todos estos casos, para percibir y comprender adecuadamente el acto discriminatorio y para reconstruirlo en el proceso judicial o en el procedimiento administrativo, lo más apropiado es utilizar categorías de género complejas que marquen los puntos de intersección (*“mujeres marroquíes”, “mujeres polacas”, “mujeres musulmanas”, “mujeres mayores”, etc.*) Esto no quiere decir que la intersección sea absolutamente necesaria para determinar que existe discriminación, si es que el intérprete es capaz de asumir el sentido de la noción de discriminación y la flexibilidad de las categorías sociales. Sin embargo, de este modo se contempla la situación real de modo más preciso y se destierran las posibles falacias argumentativas que pudieran plantearse desde una concepción rígida de las categorías discriminatorias, planteando tests de sustitución sencillos. En efecto, los agentes podrían tratar de justificar este tipo de conductas señalando que no existe discriminación “por razón de sexo”, puesto que no todas las mujeres se ven afectadas, o que no existe discriminación por razón de otras categorías sociales, porque un varón adscrito a ellas no sufriría las consecuencias de la diferencia de trato peyorativa.

111

### 3. CONCLUSIONES

La perspectiva de género no sólo resulta fecunda para la Filosofía feminista o para las Ciencias Sociales, sino que también presenta numerosas ventajas en el campo del Derecho.

En efecto, la noción de género se hace imprescindible para comprender cabalmente el funcionamiento de la mayor parte del derecho antidiscriminatorio (por ejemplo, las nociones de “acción positiva” y “discriminación indirecta”), cuando se aplica a las desigualdades que existen entre hombres y mujeres.

Por otra parte, un entendimiento apropiado de lo que implica el concepto de género permite ir más allá de la distinción básica entre “hombres” y “mujeres” para descubrir toda una serie de “categorías de género” que suelen operar de modo más flexible y dinámico en la práctica social. Algunas de estas categorías son agrupaciones

de “ovejas negras” dentro de cada género, mientras que otras se producen por la superposición o intersección de distintas causas de discriminación. La situación del “varón discriminado” es más compleja y normalmente debe reconducirse al principio de igualdad formal o a este “efecto oveja negra”.

Algunas de estas categorías de “ovejas negras” –las que se refieren al comportamiento social– afectan de modo muy directo a la desigualdad entre hombres y mujeres, de modo que su comprensión enriquece las nociones más limitadas de discriminación “por razón de sexo”. En otros casos (orientación sexual y transexualidad), la conexión de las categorías con la desigualdad social entre hombres y mujeres existe pero es más indirecta, de manera que generalmente es más apropiado un tratamiento diferenciado que los considere como causas de discriminación independientes de las demás categorías de género.